

FORELDRES PROSESSUELLE STILLING I BARNEVERNSAKER

OM FORELDRES PARTSSTATUS I SPØRSMÅL OM
SAMVÆRSRETT

Kandidatnr: 294

Veileder: Mette Yvonne Larsen

Leveringsfrist: 25.april.2005

Til sammen 15 564 ord

22.04.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PRESENTASJON AV OPPGAVENS TEMA	1
1.2	PRESISERING OG AVGRENSING	1
1.3	DEFINISJONER	2
1.4	RETTSKILDESITUASJONEN	4
1.5	BESLUTNINGSORGANENE	8
1.5.1	BARNEVERNTJENESTEN	8
1.5.2	FYLKESNEMNDA FOR SOSIAL SAKER	8
1.5.3	DOMSTOLENE	9
<u>2</u>	<u>FORELDRES PARTSSTATUS</u>	<u>10</u>
2.1	PARTSBEGREPET	10
2.1.1	PARTSBEGREPET I FORVALTNINGEN OG BETYDNINGEN AV Å VÆRE PART	10
2.1.2	PARTSBEGREPET I SIVILPROSESSEN OG BETYDNINGEN AV Å VÆRE PART	11
2.1.3	SAMMENLIGNING AV PARTSBEGREPET I SIVILPROSESSEN OG FORVALTNINGEN	12
2.2	FORELDRES PARTSSTILLING NÅR BARNEVERNTJENESTEN ER BESLUTNINGSORGAN	13
2.3	FORELDRES PARTSSTILLING NÅR FYLKESNEMNDA ER BESLUTNINGSORGAN	14
2.3.1	PARTSBEGREPET I FYLKESNEMNDA	14
2.3.2	FORELDRES PARTSSTATUS I SAKER FOR FYLKESNEMNDA	16
2.4	FORELDRES PARTSTILLING FOR RETTEN	20
2.4.1	FORELDRENE SØKSMÅLSADGANG	20
2.4.2	FORELDRES PARTSSTILLING I SAKER DEN ANDRE FORELDEREN BRINGER INN FOR RETTE	20
2.4.3	FORELDRENE PARTSSTILLING I SAKER DER BESTEFØRELDRE KREVER SAMVÆR MED BARNET	27
2.4.4	BØR RETTSTILSTANDEN ETTER Rt 2004 SIDE 1300 OPPRETTHOLDES?	33
<u>3</u>	<u>FORHOLDET TIL INTERNASJONALE KONVENSJONER</u>	<u>38</u>
3.1	INNLEDNING	38
3.2	EMK ARTIKKEL 6	39

3.3	EMK ARTIKKEL 8	42
3.4	BARNEKONVENSJONEN ARTIKKEL 3 OG ARTIKKEL 9	44
<u>4</u>	<u>LITTERATURLISTE OG REFERANSER</u>	<u>45</u>
5	VEDLEGG	52
5.1	DEN EUROPEISKE MENNESKERETTS KONVENSJON (UTDRAG)	52
5.2	FNs BARNEKONVENSJON AV 20. NOVEMBER 1989 (UTDRAG)	53

1 Innledning

1.1 Presentasjon av oppgavens tema

Denne oppgaven omhandler foreldrenes partsstilling i barnevernsaker. Temaet i oppgaven er knyttet til samværsspørsmålet når omsorgen er fratatt foreldrene, og omhandler samvær mellom barn som er fosterhjemsplassert (fosterbarn) eller i institusjon, og deres foreldre. Hovedformålet er å redegjøre for foreldres forvaltningsrettslige og prosessuelle partsstatus i samværssaker.

1.2 Presisering og avgrensning

Temaet berører fagene barnevernsrett og sivilprosess. Det er foreldres partsstatus som skal vurderes, og oppgaven er således av prosessuell karakter. De prosessuelle reglene er imidlertid aksessoriske til de materielle reglene, da de skal sikre gjennomføringen av den materielle retten. Det kan derfor innvendes at det er vanskelig å foreta en sontring mellom de prosessuelle og de materielle reglene. Noen materielle spørsmål er det vanskelig å unngå å komme inn på, men utdypning av materielle spørsmål faller utenfor oppgaven. De materielle spørsmålene vedrørende samværsrett, hvem som skal få samværsrett, hvilken type og omfanget av samværsretten vil ikke bli behandlet. Videre må det presiseres at oppgaven omhandler partsstillingen ved behandlingen av *realitetsavgjørelsen*.

Fra det offentliges side er kommunen ved ordføreren alltid part i barnevernsaker, jf. lov om sosiale tjenester m. v 13. desember 1991 nr 8 (heretter forkortet sostjl) § 9-10 (1). I praksis møter barneverntjenestens leder eller en denne utpeker på vegne av kommunen samt prosessfullmektig i retten. En leder eller ansatt i barneverntjenesten er ikke formelt ”part”, men tilstedeværende vitne med tillatelse til å overvære saken i retten, jf. lov om rettergangsmåten for tvistemål 13. august 1915 nr 6 (heretter forkortet tvml) § 213 (2). Kommunen er som hovedregel representert av en advokat i saker for fylkesnemnda. Dette følger av lov om barneverntjenester 17. juli 1992 nr. 100 (heretter forkortet bvl) §

7-3 (2). I bestemmelsen heter det at barneverntjenesten ”bør” være representert av advokat. Den klare hovedregelen og praksisen er at advokat er tilstede ved behandlingen.

Spørsmålene videre i avhandlingen er begrenset til partsrettighetene på de privates side.

I oppgavens hoveddel, kapittel 2, skal jeg redegjøre for foreldres partsstatus når barneverntjenesten er beslutningsorgan, ved vedtak fattet i fylkesnemnda og til slutt ved behandling i domstolene. Før partsspørsmålet for foreldrene drøftes vil jeg i avsnitt 2.2 kort redegjøre for partsbegrepet i forvaltningen og i sivilprosessen, samt se på hvilke rettigheter en part har ved behandling av en barnevernsak og hvilken betydning det har å være part. I del 3 skal jeg redegjøre for forholdet til internasjonale konvensjoner. Her vil jeg vurdere partsstilling i samværssaker i forhold til Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen (heretter forkortet EMK) art 6 og 8. Deretter følger en kort behandling av FNs konvensjon om barns rettigheter (heretter forkortet barnekonvensjonen) art 3 og 9. Før jeg går inn i behandlingen av kapittel 2 og 3, skal jeg videre i kapittel 1 gi definisjoner, samt gi en redegjørelse for rettskildesituasjonen og beslutningsorganene.

1.3 Definisjoner¹

Foreldre:

I oppgaven legges det til grunn at foreldre skal forstås som barnets biologiske foreldre eller adoptivforeldre.

Besteforeldre:

I oppgaven legges det til grunn at besteforeldre skal forstås som barnets biologiske besteforeldre eller adoptivbesteforeldre.

¹ Se Gisle, Jusleksikon

Foreldreansvar/daglig omsorg:

Foreldreansvar og daglig omsorg er to begreper som benyttes i lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr 7 (heretter forkortet bl) og barnevernloven. Ifølge bl § 30 (1) omfatter foreldreansvaret plikt til å gi barnet *omsorg* og omtanke, rett og plikt til å gi barnet en forsvarlig oppdragelse, forsørgelse og sørge for at det får utdanning etter sine evner. Barnet skal ikke utsettes for vold eller på annen måte bli behandlet slik at den fysiske og psykiske helsen blir utsatt for skade eller fare. I de tilfeller der foreldre og barn bor sammen har begge foreldrene daglig omsorg for barnet. I de tilfeller der foreldrene ikke bor sammen, har den av foreldrene som barnet bor hos daglig omsorg. Det fremgår av bvl § 4-12 at barnevernmyndighetene kan ta omsorgen fra foreldrene ved alvorlig omsorgssvikt, mishandling m.m. Hvis foreldrene mister den daglige omsorgen for barnet/barna, mister de ikke også automatisk foreldreansvaret. Etter bvl § 20 kan imidlertid fylkesnemnda i visse tilfeller vedta å frata foreldrene foreldreansvaret. Etter bl § 34 har gifte foreldre foreldreansvaret sammen for felles barn. Er foreldrene ikke gift, har mor foreldreansvaret alene, jf. bl § 35. Dette gjelder også for felles barn i et ugift samboerforhold. Dette er lovens utgangspunkt, men foreldrene kan likevel fritt velge noe annet. Foreldrene kan etter avtale gi melding til folkeregisteret om at de skal ha foreldreansvaret sammen, eller at faren skal ha foreldreansvaret alene, jf. bl § 35. Hvis foreldrene går fra hverandre, kan de avtale at den barnet bor hos skal ha foreldreansvaret alene, eller at de skal ha felles foreldreansvar.

Barnevern:

Barnevern kan defineres som forebyggende virksomhet og tiltak for å hjelpe barn og unge som allerede er i en situasjon preget av omsorgssvikt og adferdsproblemer. Reglene står i barnevernloven. Loven gir barneverntjenesten et spesielt ansvar for så tidlig som mulig å avdekke omsorgssvikt, adferdsproblemer, sosiale og emosjonelle, og å sette inn tiltak slik at varige problemer kan unngås. Barnevern omfatter dels hjelpetiltak for barn og unge, barnefamilier uten omsorgsovertakelse, og dels omsorgsovertakelse dersom det ikke er forsvarlig at barnet blir boende i hjemmet.

1.4 Rettskildesituasjonen

Temaet i oppgaven er partsrettigheter. I den grad barnevernloven har bestemmelser om foreldrenes partsstilling i barnevernsaker, vil disse gå foran alminnelige forvaltningsrettslige og sivilprosessuelle regler, jf. lex specialis prinsippet. For forvaltningslovens bestemmelser følger dette også uttrykkelig av bvl § 6-1 første ledd.

Barnevernloven har imidlertid ikke bestemmelser om partsrettigheter for foreldre eller andre voksenpersoner. Barns partsrettigheter er regulert i bvl § 6-3 (2).

Det må således tas utgangspunkt i de alminnelig forvaltningsrettslige og sivilprosessuelle regler ved drøftelse av partsbegrepet. Nærmere bestemt partsbegrepet i lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10 feb.1967 (heretter forkortet fvl) § 2 litra e og søksmålsbetingelsene i tvml § 54 og tvml § 476. Partsbegrepet i forvaltningen og sivilprosessen er noe ulike. Dette vil bli gjenstand for en nærmere behandling i kapittel 2.

Et tolkningsspørsmål er om det aktuelle begrepet ”part” og ”rettslig interesse” er relativt. Hvis så er tilfelle vil det bety at fortolkningen av begrepet ”part” og rettslig interesse” vil kunne variere fra et forvaltningsområde til et annet. Det er trolig slik at reglenes innhold i noen grad vil kunne variere mellom forvaltningsområdene. De situasjoner som bestemmelsene skal regulere er så ulike at en viss konkret tilpasning ikke er til å unngå. Samtidig har lovgiver tross alt valgt å gi felles regler, noe som må bety at praktiseringen ikke må bli for forskjellig. Dette kan i tilfelle være i strid med legalitetsprinsippet.

Det ser således ut til at partsbegrepet ikke er relativt i den forstand at part kan bety noe helt forskjellig fra et fra et forvaltningsområde til et annet, men at partsbegrepet må tilpasses det konkrete forvaltningsområde det er tale om.

Ved tolkning av forvaltningslovens og tvistemålslovens regler anvendt på spørsmål om partsrettigheter i barnevernsaker må det tas hensyn til to sett av rettskildefaktorer. For det første kommer de vi kan kalle ”fellesmomentene”. Disse gir holdepunkter for hvordan den enkelte bestemmelsen generelt sett er å forstå. Dette er da bestemmelsens ordlyd, forarbeider og teoriuttalelser. I tillegg kommer generelle momenter fra de

enkelte forvaltningsområder bestemmelsen regulerer, typisk forvaltningspraksis. Fortolkningen på grunnlag av fellesmomentene er behandlet i forvaltningsrettslige og sivilprosessrettslig teori, og vil bare bli presentert i den grad det er nødvendig for å få selvstendighet og klarhet i drøftelsen.

For det andre kommer ”særmomentene” fra barnevernretten, typisk uttalelser i barnevernlovens forarbeider, rettspraksis om barnevernsspørsmål, praksis fra fylkesnemnda, teori og reelle hensyn. Ved å anvende disse rettskildefaktorene ved tolkning av forvaltningslovens og tvistemålslovens bestemmelser reiser det seg enkelte særlige spørsmål. Et generelt utgangspunkt er at jo større vekt disse rettskildefaktorene tillegges, jo mer åpnes det for en relativisering av begreper som ”part”.

Det første spørsmålet jeg skal se nærmere på er hvilken vekt *barnevernlovens forarbeider* har. I relasjon til forvaltnings- og tvistemålslovens bestemmelser er disse formelt sett ”etterarbeider”. Etterarbeidenes plass i rettskildelæren er omdiskutert.² Det synes stort sett å være enighet om at etterarbeider er relevante tolkningsfaktorer som i alle fall kan tas i betraktning. Hvor stor vekt de skal tillegges er imidlertid atskillig mer uklart. Barne- og familie departementet har fagansvar for barnevernretten. I juridisk teori er uttalelsene ofte benyttet.³ Hensynet til å unngå relativisering av de forvaltningsrettslig og sivilprosessuelle regler kan imidlertid anføres mot å tillegge uttalelsene betydelig vekt. I forlengelsen av dette kommer at forvaltningsloven og tvistemålsloven administreres av Justis- og politidepartementet. Dette taler også mot å tillegge forarbeidsuttalelser fra Barne- og familiedepartementet betydelig vekt i fortolkningen av bestemmelser i disse lovene. Konklusjonen blir følgelig at uttalelser i barnevernlovens forarbeider har begrenset vekt i tolkningen av bestemmelsene i forvaltningsloven og tvistemålsloven

Neste spørsmål er hvor stor vekt *barnevernrettslig forvaltningspraksis* skal ha. Når man skal avgjøre hvilken betydning forvaltningspraksis skal tillegges, er det en rekke forhold som spiller inn. Momenter i vurderingen er for det første hvilket organ det dreier seg om. For det andre er spørsmålet hvor fast og langvarig praksis det er tale om.

² Se Eckhoff, *Rettskildelære* 5. utg. s. 95

³ Se f.eks Lindboe, *Barnevernrett* 4.utg s. 165 flg.

Det er fylkesnemnda som treffer vedtak som samvær i første instans. Fylkesnemndenes fagkyndighet og grundige saksbehandling tilsier at denne praksisen kan tillegges vekt. Hvor fast og langvarig praksisen er mer usikkert. Vi har ingen garanti for at praksisen er ensartet, da vi har 12 forskjellige fylkesnemnder, med flere ledere ved nesten hvert kontor. I tillegg settes hver enkelt nemnd med forskjellige medlemmer.⁴ Vekten av fylkesnemndas avgjørelser som rettskildefaktor må derfor i utgangspunktet anses å være liten. Publiseringen på Lovdata kan muligens øke vekten noe. Det mest interessante er nok at avgjørelsene gir uttrykk for hvordan vurderingene foretas i praksis.

For det tredje skal jeg se nærmere den betydning *Høyesterettspraksis* har i spørsmålet oppgaven reiser. Det finnes få kjennelser fra Høyesterett vedrørende spørsmål om partstatus i samværssaker. Disse er imidlertid prinsipielle. Dommer og kjennelser fra Høyesterett er uttrykk for gjeldene rett. Relevansen og vekten av disse må generelt anses å være stor. Spesielt på et område der man har en generell lovtekst som ikke direkte gir løsning på problemstillingen. Lagmannsrettens og tingrettens avgjørelser har langt fra så stor autoritet som Høyesteretts. På områder hvor avgjørelser sjeldent påankes videre, kan deres praksis imidlertid bli bestemmende for rettstilstanden innen deres respektive område.⁵

For det fjerde kan det diskuteres hvor stor vekt som skal legges på *retningslinjer* fra Barne- og familiedepartementet. Det kan innvendes at slike instruksjoner tradisjonelt ikke har vært regnet som rettskildefaktorer, men kun som bindende bestemmelser til de organer som er undergitt departementets instruksjonsmyndighet, jf Eckhoffs tradisjonelle rettskildelære.⁶ For den kommunale barneverntjenesten er departementets instruksjonsmyndighet klar nok, se bvl. § 2-3 første ledd bokstav c. Her er departementets retningslinjer uproblematisk. Retningslinjene har dermed interesse som informasjon om den praksis som vil bli fulgt i barneverntjenesten. Når det gjelder saksbehandlingen i fylkesnemnda kan det innvendes at retningslinjene ikke er bindende for saksbehandlingen der. Nemnda er frittstående og unntatt fra departementets

⁴ Se Haugli, *Samværsrett* 2.utg. s.51

⁵ Se Eckhoff, *Rettskildelære* 5. utg. s.162

⁶ Se F.eks Eckhoff, *Rettskildelære* 5.utg. s. 23 og 51 Eckhoffs rettskildebilde.

instruksjonsmyndighet.⁷ Følgelig er det diskutabelt om departementet kan gi generelle instruksjoner om saksbehandlingen.⁸ Det kan imidlertid ikke utelukkes at uttalelser i retningslinjene i kraft av sin tilgjengelighet og departementets autoritet også vil kunne få betydning for fylkesnemndenes praksis. Det er tross alt lettere å holde seg til klare uttalelser fra ansvarlig myndighet enn selv å skulle vurdere de skjønnsmessige begrepene fra sak til sak. Om dette er heldig er et helt annet spørsmål. I tillegg kommer at retningslinjene vil ha en viss interesse som uttrykk for departementets oppfatning om foreldres partsstilling i samværsspørsmålet.

Et annet spørsmål er hvor stor vekt *juridisk teori* skal tillegges. Generelt kan det sies at juridisk teori har svært liten vekt. Det faktum at den rettslige reguleringen av spørsmålet om partsrettigheter i barnevernsaker er lite utviklet i loven, gjør at uttalelser i juridisk teori kan få noe større vekt enn vanlig.

⁷ Se f.eks: NOU 1985:18 s.356

⁸ Echoff/Smith, *Forvaltningsrett* 6. utg s. 186 påpeker at spørsmålet ikke er skikkelig regulert i loven, mens Graver, *Materiell forvaltningsrett* s. 187 synes å legge til grunn at slike instruksjoner ikke kan gis.

1.5 Beslutningsorganene

1.5.1 Barneverntjenesten

Barneverntjenesten er betegnelse på de organer som utfører tjenester etter barnevernloven på vegne av kommunen. Den enkelte kommune står i utgangspunktet fritt til å avgjøre hvordan barneverntjenesten skal organiseres, men den er pålagt å ha en administrativ leder, jf. bvl § 2-1 (4).⁹ Det enkelte kommunestyret kan beslutte å legge noen av administrasjonens oppgaver til et folkevalgt organ, jf. bvl §2-1 (2) Administrasjonen skal utføre ”det daglige løpende arbeid”; gi råd og veiledning, treffe vedtak i henhold til loven, forberede sakene for behandling i fylkesnemnda og iverksette og følge opp tiltak.

1.5.2 Fylkesnemnda for sosial saker

Fylkesnemnda for sosiale saker er et profesjonelt preget statlig organ med fylke - noen steder to fylker – som arbeidsområde.¹⁰ Det administrative ansvaret er lagt til Barne- og familiedepartementet.

Fylkesnemnda behandler saker etter både sosialtjenesteloven, barnevernloven og smittevernloven. I praksis utgjør barnevernsakene den største delen av fylkesnemndas arbeidsmengde. Nemnda er den sentrale beslutningsmyndighet etter barnevernloven. Hvilke avgjørelse den treffer fremgår av bvl § 7-1.

Etter bvl § 4-19 (1) har barn og foreldre rett til samvær. Fylkesnemndas vedtak om samværsrett forutsetter at barnet er tatt under omsorg av barneverntjenesten. I de tilfeller der det er truffet vedtak om omsorgsovertakelse er nemnda forpliktet til å avgjøre hvilket omfang biologiske foreldres samværsrett skal ha. Disse vedtakene bygger på den alminnelige regelen om at foreldre og barn har rett til samvær etter en omsorgsovertakelse, jf. bvl § 4-12 (1). Fylkesnemnda kan imidlertid også i visse tilfeller bestemme at foreldrene ikke skal ha rett til samvær, se bvl § 4-19 (2) 1 pkt.

⁹ Se Ot.prp.nr 44 (1991) s. 23

¹⁰ Se Ot.prp.nr 44 (1991-1992) s. 89

1.5.3 Domstolene

Det er fylkesnemnda som fatter vedtak om samvær i første instans, jf. bvl § 7-2e.

I følge sostjl § 9-10 kan nemndas vedtak bringes inn for tingretten. Når det gjelder vedtak om samværsrett har det siden Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelser i Rt 1995 side 599 og Rt 1995 side 936 vært lagt til grunn at domstolene etter reglene i tvml kapittel 33 kan overprøve fylkesnemndas vedtak om nektelse av samvær og om samværets omfang.

2 Foreldres partsstatus

2.1 Partsbegrepet

2.1.1 Partsbegrepet i forvaltningen og betydningen av å være part

Partsbegrepet i forvaltningsretten er regulert i fvl § 2e. Ifølge denne bestemmelsen er part en betegnelse på en person som ”avgjørelsen retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder”. Bestemmelsen angir her to alternativer. For det første er det spørsmål om avgjørelsen retter seg mot vedkommende. Dette vil typisk være den personen som har søkt en stilling eller om konsesjon. Hvis dette alternativet ikke passer, blir det spørsmål om saken ”ellers direkte gjelder” vedkommende. Et eksempel her kan være en person som har en fiskerett i en elv hvor en bedrift søker om å få slippe ut avfall. Alternativet ”avgjørelsen retter seg mot” ligger nært opp til det mer formelle partsbegrepet som benyttes i sivilprosessen. Ofte vil dette alternativet ikke by på problemer. I vurderingen av hvor mye som kreves før man vil si at saken ”direkte gjelder” en person, må det foretas en skjønnsmessig vurdering der hensynet til sakens karakter og hvilken tilknytning en har til saken må tas i betraktning. I barnevernsaker er utgangspunktet at det for hver enkelt sak må vurderes etter konkrete bestemmelser i barnevernloven hvem som har slik tilknytning til saken at de er parter etter fvl § 2 (1) e.¹¹

Foreligger det et enkeltvedtak, har man partsrettigheter. Dette fremgår av forvaltningslovens system. De omfattende reglene, herunder partsrettighetene i forvaltningsloven kapittel 4 til 6 gjelder bare i saker om enkeltvedtak, jf. fvl § 3. Vedtak om samværsrett er et enkeltvedtak, jf. bvl § 6-1 (2). For partene har partsrettigheter den betydningen at man blant annet har rett til forhåndsvarsel, dokumentinnsyn, at vedtaket begrunnes, uttalerett og rett til å begjære rettslig overprøvelse. I samværssaker har man også rett til å la seg bistå av advokat, rett til å være til stede i fylkesnemndsmøter, delta i utredningen og bevisførselen.

¹¹ Se Lindboe: *Barnevernrett* 4 utg. s. 169

2.1.2 Partsbegrepet i sivilprosessen og betydningen av å være part

I sivilprosessen må en rekke prosessforutsetninger være oppfylt for at en kan gå til søksmål. Det stilles krav til saken, partene, valg av domstol og tidspunkt for saksanleggelse. Reglene om søksmålsbetingelsene reguleres av tvistemålsloven og ulovfestede prinsipper. Krav til partene er at de må ha partsevne, være prosessdyktige eller eventuelt være representert av noen som er det og ha tilknytning til søksmålgjenstanden, såkalt "krav om rettslig interesse".

I sivilprosessen opererer man med et formelt partsbegrep.¹² Part er den som reiser sak, og den som det reises sak mot. Problemstillingen i domstolsprosessen er om vedkommende er så berørt av vedtaket at han/hun kan bli part i saken. Dette skjer f. eks ved at foreldrene i en barnevernsak selv reiser søksmål, såkalt "aktiv søksmålskompetanse" eller at foreldrene blir saksøkt av kommunen, såkalt "passiv søksmålskompetanse". Andre enn dem som står som saksøker eller saksøkt er ikke parter i saken. Når det gjelder partsstilling i samværsspørsmål for retten følger det av sostjl § 9-10 at det er "den private part eller kommunen" som kan bringe fylkesnemndas vedtak inn for retten. Reglene i tvistemålslovens kapittel 33 skal følges så langt det passer, jf. sostjl 9-10 (6).

Prosessuell partsstilling har betydning i flere sammenhenger. Under sakens gang har partene det man kaller partsrettigheter. Disse består blant annet i å bli innkalt/stevnet til rettsmøter, avhøre vitner, føre bevis og anvende rettsmidler. Hvem som er parter i saken har også betydning for dommerens habilitet. Dommerens habilitet i saken er betinget av at han ikke er i slekt med, eller står i annet forhold til partene som kan påvirke hans habilitet, jf. lov om domstolene 13 august 1915 nr 5 (heretter dl) § § 106-109. Videre har det stor betydning for reglene om rettskraft. Hovedregelen om rettskraft er at en dom utelukkende har rettskraftsvirkninger for sakens parter. Det finnes imidlertid unntak, der en dom likevel blir bindende for tredje part. Dette er regler om utvidet rettskraft.

¹² Se Eckhoff / Smith: *Forvaltningsrett* 6. utg. s. 470, Frode Innjord: "Saksbehandling ved domstolene", i barnevern og omsorgsovertakelse 2003 s. 159.

2.1.3 Sammenligning av partsbegrepet i sivilprosessen og forvaltningen

Det kan stilles spørsmål om det i forvaltningsretten benyttes et videre partsbegrep enn i sivilprosessen. Dette vil ha betydning for hvilke personer som er å anse som part.

I forvaltningen er ”part” i følge fvl § 2e den ”avgjørelsen retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder”. I sivilprosessen er ”part” den som er saksøker eller saksøkt. Etter ordlyden i fvl § 2e kan det synes som om partsbegrepet favner noe videre i forvaltningsretten enn i sivilprosessen. I forvaltningsretten er en part ikke bare den person vedtaket retter seg mot, men også den saken ellers direkte gjelder. Et eksempel på dette kan være i de tilfeller der ungdom tvangs plasseres etter bvl § 4-24. Foreldrene til disse ungdommene vil være parter i behandling av saken for fylkesnemnda, men de innehar ikke nødvendigvis den rettslige interesse, slik at de kan stå som saksøkere i et søksmål for retten.

I innstilling fra Forvaltningskomiteen fra 1958 uttales følgende:

I motsetning til i prosessen - hvor partsforholdet alltid er på det rene - er det i forvaltningen vanskelig for ikke si umulig å stille opp et partsbegrep med en klar avgrensning mellom på den ene side: ”partene” med fulle partsrettigheter fra saken kommer i gang og til den endelig er avgjort, og på den andre side: De hvis interesse nok berøres av saken, men ikke så direkte eller sterkt at de bør ha partsstilling.

Uttalelsen trekker i retning av at man i forvaltningen opererer med et videre partsbegrep enn i sivilprosessen.

Juridisk litteratur tar også til ordet for at partsbegrepet i forvaltningen er videre enn i sivilprosessen.¹³

Det konkluderes således med at partsbegrepet som benyttes i forvaltningen er videre enn det som benyttes i sivilprosessen.

¹³ Se Eckhoff/Smith: *Forvaltningsrett* 6.utg s.470

2.2 Foreldres partsstilling når barneverntjenesten er beslutningsorgan

I henhold til fvl § 2 første ledd bokstav e forstås begrepet part ”person som en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder”. I en barnevernsak er det først og fremst barnets foreldre og barnets selv som er parter.

I forarbeider, rundskriv fra Barne- og familiedepartementet,¹⁴ og juridisk teori¹⁵ er det uttalt at foreldrenes partsstilling i en barnevernsak avhenger av den juridiske stillingen de har etter barnelovens regler. Det betyr at de avgjørelsene som er fattet om daglig omsorg og foreldreansvar etter barnelovens regler er bestemmende for hvilke partsrettigheter foreldrene kan gjøre gjeldende i en barnevernsak. Har foreldre etter barneloven del i både omsorgen og foreldreansvaret for barnet, vil de alltid være part i en sak etter barnevernloven.

Dersom omsorgen og/ eller foreldreansvaret for barnet overtas av barneverntjenesten vil ikke dette endre foreldrenes partsstatus på dette punkt.

De vil fortsatt være parter i barnevernsaken, og kan kreve at vedtak om omsorgsovertakelse og fratakelse av foreldreansvaret oppheves.¹⁶ Den av foreldrene som bare har foreldreansvar for barnet, mens barnet bor fast hos den andre av foreldrene, vil være part i både sak om fratakelse av foreldreansvaret og i sak om omsorgsovertakelse. Vedkommende vil imidlertid ikke som ledd i barnevernsaken kunne kreve overført den daglige omsorgen til seg, da dette spørsmålet reguleres av barneloven og må behandles etter denne lovs bestemmelser. Fremgangsmåten vil i tilfelle være å gå veien om en barnefordelingssak etter barneloven, for deretter å kreve vedtaket om omsorgsovertakelse opphevet.¹⁷

En forelder som bare har del i foreldreansvaret vil heller ikke som hovedregel være part i en barnevernsak som bare omhandler frivillige hjelpetiltak. Det følger av barnelovens regler at det er den forelder som har den daglige omsorgen for barnet, som alene kan

¹⁴ Se Rundskriv Q-1036

¹⁵ Se Lindboe: *Barnevernsrett* 4.utg s. 170 flg.

¹⁶ Se Rundskriv Q-1036 punkt 2.2

¹⁷ I.c.

avgjøre om slike tiltak skal settes i verk. Det at tiltaket formidles gjennom barneverntjenesten medfører ikke noen endringer i omsorgsforelderens bestemmelsesrett i disse spørsmål.

Hvor avgjørende foreldreansvaret er for muligheten til partsrettigheter fremgår også av Rt.1991 s. 663. Kjennelsen gjelder riktignok spørsmål om søksmålskompetanse, men er relevant fordi søksmålskompetanse er en forutsetning for å inneha partsrettigheter. Flertallet i Høyesterettskjæremålsutvalg la her til grunn at en far med samværsrett, men uten andel i foreldreansvaret, ikke hadde rettslig adgang til å begjære rettslig overprøvelse i en sak om omsorgsovertakelse i forhold til moren som hadde den daglige omsorgen for barnet. Dette på tross av at faren hadde samværsrett og hadde anlagt barnefordelingssak mot moren for å få den daglige omsorgen overført til seg.

Del i foreldreansvaret synes derfor etter dette å være helt avgjørende for hvorvidt en forelder har partsrettigheter.

2.3 Foreldres partsstilling når fylkesnemnda er beslutningsorgan

2.3.1 Partsbegrepet i fylkesnemnda

Fylkesnemnda er som nevnt ovenfor i punkt 1.5.2 et forvaltningsorgan med domstolslignede karakter. Det kan da stilles spørsmål om det er partsbegrepet i forvaltningen eller sivilprosessen som skal legges til grunn ved behandlingen i fylkesnemnda. Dette har betydning da det i forvaltningen opereres med et videre partsbegrep enn i sivilprosessen.

Verken barnevernloven, sosialtjenesteloven eller forvaltningsloven gir direkte svar på spørsmålet. Det at fylkesnemnda er opprettet som og har status som et forvaltningsorgan, taler sterkt i den retning av at det er det forvaltningsrettslige partsbegrep som skal legges til grunn når fylkesnemnda skal vurdere hvem som er å anse som part. I sostjl §§ 9-8 og 9-9 er det imidlertid fastsatt at reglene i tvistemålsloven gjelder med hensyn til vitneplikt, bevisførsel og begrunnelse for dommer. Dette kan tale for at det er partsbegrepet i sivilprosessen som skal anvendes.

Forarbeidene til barnevernloven gir ikke direkte svar på spørsmålet om hvilket partsbegrep som skal benyttes. I forarbeidene til sosialtjenesteloven forutsettes det imidlertid at fylkesnemnda skal følge de samme saksbehandlingsreglene som domstolene.¹⁸ Dette taler også i den retning av at det er det sivilprosessuelle partsbegrepet som skal legges til grunn.

Spørsmålet er omtalt i en dom fra Agder lagmannsrett.¹⁹ Lagmannsretten skulle ta stilling til om det forelå saksbehandlingsfeil ved et vedtak fra fylkesnemnda om omsorgsovertakelse etter barnevernloven, og i så fall hva slags virkning det skulle ha. Saken var avgrenset til å gjelde det prosessuelle spørsmålet om biologisk far skulle ha fått partsstilling for fylkesnemnda i en sak om omsorgsovertakelse, og virkningene av en saksbehandlingsfeil. Fra dommen siteres:

”Lagmannsretten er såleis komen til at plikta for fylkesnemnda til å syte for at saka var tilstrekkeleg opplyst, med sikte på å avgjere spørsmålet om A skulle ha partsstilling for nemnda, må vurderast ut frå dei same lovreglar og rettspraksis som gjeld for domstolsprøving av fylkesnemndsvedtak.”

I litteraturen er Hauglis synspunkt at partsrettigheter i saker for fylkesnemnda må avgjøres ut fra en tolkning av fvl § 2e og de særregler som følger av bvl § 6-3 for så vidt gjelder barns partsrettigheter.²⁰ Lindboe uttaler at hvem som er parter i fylkesnemnda, vil måtte avgjøres ut fra hvilken paragraf det foreslåtte tiltaket er hjemlet eller begrunnet i.²¹ Lindboe uttaler seg imidlertid ikke om det er det forvaltningsrettslige partsbegrepet eller det sivilprosessuelle partsbegrepet som skal legges til grunn for vurderingen av partsstillingen etter barnevernlovens bestemmelser.

Saksbehandlingsreglene fylkesnemnda skal følge er regulert i sosialtjenesteloven. Det at forarbeidene til sosialtjenesteloven uttaler at fylkesnemnda skal følge de samme saksbehandlingsreglene som domstolene taler for dette for at det er det sivilprosessuelle begrepet som skal anvendes. Ytterligere styrkes dette av at lagmannsretten sier at nemnda skal følge de samme regler og praksis som gjelder for domstolene. Reelle hensyn kan også tale for at man legger det sivilrettslige partsbegrepet til grunn.

¹⁸ Se Innst. O. nr 80 (1991-1992)

¹⁹ Se LB-2002-00088.

²⁰ Se Haugli artikkel ”Partsrettigheter i barnevernssaker når andre enn foreldrene krever samværsrett.”

²¹ Se Lindboe: *Barnevernsrett* 4.utg s.211

Hensynet til taushetsplikten må tas i betraktning, da det i barnevernsaker foreligger svært mye personfølsomt materiale. Hensynet til stabilitet og kontinuitet er viktig for barnet og det å utvide kretsen av personer som skal kunne kreve samvær kan være uheldig. Spørsmålet om hvilke personer som har partsstilling i saker vedrørende vedtak fattet i medhold av barnevernloven må selvsagt ta utgangspunkt i hvilken bestemmelse det foreslåtte tiltaket er hjemlet i. Det konkluderes således med at fylkesnemnda skal legge det sivilprosessuelle partsbegrepet til grunn.

2.3.2 Foreldres partsstatus i saker for fylkesnemnda

Fylkesnemndas samværsvedtak etter bvl § 4-19 forutsetter at barnet er tatt under omsorg av barneverntjenesten, se bestemmelsens andre ledd første punktum. Nemnda er da forpliktet til å avgjøre hvilket omfang biologiske foreldres samværsrett skal ha. Fylkesnemnda skal også fastsette samvær for den av foreldrene som barnet ikke bor hos på tidspunktet for omsorgsovertakelsen. Dette gjelder uavhengig av om vedkommende har del i foreldreansvaret eller ikke.²² Eventuelt kan den bestemme at foreldrene ikke skal ha rett til samvær i det hele tatt, jf. bvl §4-19 andre ledd første punktum. Selv om det er fylkesnemnda som etter loven er gitt myndighet til å fastsette omfanget av samværet, er det i flere Høyesterettsdommer kommet til uttrykk at barneverntjenesten har adgang til å praktisere mer samvær enn fastsatt i fylkesnemnda.²³ I forarbeidene til barnevernloven er det også understreket av bestemmelsen ikke er til hinder for at samvær praktiseres i større omfang og mer fleksibelt enn det som er fastsatt i fylkesnemndas vedtak. Forutsetningen må imidlertid være at dette ikke er i strid med premissene for nemndas vedtak.²⁴

I sin saksforberedelse for fylkesnemnda, kan barneverntjenesten ha tatt stilling til hvem som er parter i saken, men fylkesnemnda må også kunne avgjøre partsspørsmålet selv uavhengig av hva barneverntjenesten har besluttet. Når det gjelder partsrettigheter

²² Se Ofstaf /Skar: *Barnevernloven* 4.utg side 146

²³ Se F.eks Rt 2002 side 875 og Rt 2003 side 425

²⁴ Se Ot.prp nr 44 (1991-1992) side 52

følger det av sostjl § 9-8 (2) at ”den private part skal innkalles til møte...”. Hvem som er den ”private part” er ikke nærmere forklart i loven.

I forarbeidene til barnevernloven er det uttalt at det den private part etter barnevernloven vil være den av foreldrene som har foreldreansvar/daglig omsorg etter barnevernlovens regler.²⁵

I retningslinjer fra Barne- og familiedepartementet uttales at ”Normalt vil foreldre som ikke har foreldreansvar for barnet ikke være å anse som part i en sak etter barnevernloven. Gjelder saken omsorgsovertakelse, vil en mor eller far uten foreldreansvar for eksempel ikke være part i en sak om omsorgsovertakelse i fylkesnemnda...”²⁶

Utgangspunktet synes således å være at foreldre med del i foreldreansvaret har partsstatus i saker etter barnevernloven, mens foreldre som ikke har del i foreldreansvaret vil normalt ikke være å anse som part. Foreldre med samværsrett er imidlertid å anse som part i spørsmålet om eget samvær, uavhengig om denne har del i foreldreansvaret. I slike tilfeller vil spørsmålet om samværsretten direkte gjelde denne forelderens og denne vil ha rettslig interesse i saken.

Ofte blir vedtak om omsorgsovertakelse og samvær fattet samtidig.

Avgrensingsproblemer kan da oppstå når samvær skal fastsettes for en forelder som ikke har del i foreldreansvaret og dermed ikke er part i saken om omsorgsovertakelsen. Det kan da stilles spørsmål om denne forelderens også kan få partstilling i saken om omsorgsovertakelsen, og om vedtakene skal behandles i en eller to saker. Her skal jeg kun gå inn på spørsmålet om partsstillingen.

I retningslinjene fra Barne- og familiedepartementet benyttes ordet ”normalt”. Dette kan tilsi at det kan tenkes andre løsninger enn det som skisseres i retningslinjene. For eksempel vil ordlyden i retningslinjene åpne for at det kan foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Hadde det vært meningen at foreldre uten foreldreansvar for barnet aldri skulle være å anse som part, kunne retningslinjene vært klarere på dette punkt. En

²⁵ Se Ot.prp nr 104 (1992-1993) side 3

²⁶ Rundskriv Q-1036 punkt 2.2

annen sak er om retningslinjene i det hele tatt er bindende for behandlingen i fylkesnemnda. Selv om fylkesnemnda er et forvaltningsorgan arbeider de som nevnt etter en domstolsmodell.²⁷ Reelle hensyn bør også kunne trekkes inn i spørsmålet om hvem som skal ha partsrettigheter. Hensynet til barnets beste bør tillegges vekt. Barnevernsakene er svært ulike, og ved en konkret vurdering av hver sak kan det tenkes tilfeller der den forelderen uten foreldreansvar bør innrømmes partsrettigheter. Far har for eksempel gjennom hele perioden vært en viktig omsorgsgiver for barnet og den problematikk som ligger forutfor en barnevernsak kan ha rot i både forhold på fars og mors side. Det kan derfor i enkelte tilfeller være viktig at far får partsstatus. Dette kan føre til at saken blir bedre opplyst enn tilfelle der far ikke blir ansett som part i saken.

Det kan også stilles spørsmål om rettsikkerheten er godt nok ivaretatt for den forelderen som ikke har del i foreldreansvaret eller daglig omsorg, i de tilfeller der denne har vært en viktig del av barnets hverdag. Det er ikke gitt at uttalelsene i retningslinjene er bindende eller at de gir den riktige løsning.

Et eksempel på en sak der far ble innvilget partsrettigheter har vi i **FNV-2002-100-OST**. Far ble her innvilget partsrettigheter i mors klagesak over et akutt vedtak. Et akuttvedtak er riktignok ikke det samme som et vedtak om omsorgsovertakelse, med påfølgende samværsrett, men begrunnelsen for innvilgelsen av partsrettigheter er av interesse, da det rettslige utgangspunktet er at del i foreldreansvaret gir partsrettigheter. Selv om mor og far ikke bodde sammen og far ikke hadde formell del i foreldreansvaret, ble far her innvilget partsrettigheter. Fra vedtaket siteres:

Faren til barna heter Far. Han har ikke formell del i foreldreansvaret for barna. Det fremgår imidlertid av saken at han har vært en sentral person for begge barna under deres oppvekst, at han i praksis har vært en viktig omsorgsgiver for barna. I tillegg var han en del av problematikken som førte til den akutte plasseringen av barna utenfor hjemmet tidlig i mai 2002. Fylkesnemndslederen finner at saken vanskelig vil kunne bli nok opplyst uten at faren har partsstatus.

Her ser man nettopp at det etter en konkret vurdering åpnes for at far får partsstatus til tross for at han ikke innehar foreldreansvaret for barna. Avgjørelsen påpeker viktige momenter som vil være relevante ved en slik vurdering og legger avgjørende vekt på hensynet til sakens opplysning ved innvilgelse av partsrettigheter.

²⁷ Ot.prp.nr 44 (1991-1992) s. 89

Høyesterett praktiserer imidlertid hovedreglen om at del i foreldreansvaret ved behandling av vedtak om omsorgsovertakelse gir rett til partsstatus i disse sakene.²⁸

Legger man det sivilrettslige partsbegrepet til grunn blir spørsmålet om vedkommende er så berørt av vedtaket at han/hun kan bli part i saken. Når det gjelder vedtak om omsorgsovertakelse berører vedtaket den forelderen som har daglig omsorg. Det er da en nærliggende tolkning at det er denne som er part i saken om omsorgsovertakelsen. Ved en tolkning av det sivilprosessuelle partsbegrepet sammenholdt med reglene om foreldreansvar og daglig omsorg i barneloven kan hovedregelen forsvares.

Et annet moment som taler for denne løsningen er hensynet til taushetsplikten. En barnevernsak inneholder mye personfølsomt materiale. Det vil i de tilfeller der det dreier seg om en forelder uten del i foreldreansvaret, som frem til omsorgsovertakelsen har hatt en helt perifer rolle i forhold til barnet, være svært uheldig om denne skulle få innsyn i alle dokumenter angående omsorgsovertakelsen og følsomme personopplysninger om den andre forelderen.

Personlig mener jeg at man bør foreta en konkret vurdering av hvert enkelt tilfelle, da barnevernsakene dreier seg om svært personlige og ulikartede forhold. Det kan som skissert ovenfor være tilfeller der foreldre uten del i foreldreansvaret bør innrømmes partsstilling. Det at Høyesterett praktiserer regelen om at del i foreldreansvaret oppfyller kravet til rettslig interesse er et sterkt moment som taler for at del i foreldreansvaret gir partstatus. Det at forarbeidene sier at dette er barnevernlovens ordning støtter også opp om dette. Konklusjonen blir således at del i foreldreansvaret gir rett til partsstatus i barnevernsaker og at foreldre uten del i foreldreansvaret ikke har partsstatus i sak om omsorgsovertakelse overfor den andre forelderen. Praktisk betyr dette at med mindre den annen forelder samtykker i fritak for taushetsplikt, vil forelder med samværsrett uten foreldreansvar bare få en begrenset del av saksdokumentene, samt bare ha rett til å være til stede under den delen av forhandlingene i fylkesnemnda som vedrører samværsspørsmålet.

²⁸ Se Rt 1991 side 663.

2.4 Foreldres partstilling for retten

2.4.1 Foreldrenes søksmålsadgang

Utgangspunktet er at fylkesnemndas vedtak kan bringes inn for tingretten av ”den private part”, jf. sostjl § 9-10. Bestemmelsen gir tvistemålsloven kapittel 33 tilsvarende anvendelse ved overprøving så langt det passer. Tvml § 476 fastsetter videre at saksøker er ”den tvangsinngrepet er retta mot.” Problemstillingen i domstolsprosessen er om vedkommende er så berørt av vedtaket at han/hun kan bli part i saken.

Når det gjelder vedtak om omsorgsovertakelse er ”tvangsinngrepet retta mot” den av foreldrene som har daglig omsorg og del i foreldreansvaret, og denne må således anses som part i saken. Det følger av rettspraksis at del i foreldreansvaret, i saker om omsorgsovertakelse, gir rett til partstilling og søksmålsadgang. Foreldre uten del i foreldreansvaret, men med samværsrett eller som er pålagt oppfostringsbidrag, vil kunne reise søksmål, da inngrepet vil være rettet mot dem, jf. tvml § 476. Høyesterett har ikke direkte tatt stilling til spørsmålet, men i de avgjørelser som tillater saker om samværsretten eller bidragsplikten, kreves det ikke at forelderens har del i foreldreansvaret.²⁹

Når det gjelder foreldrenes søksmålsadgang er utgangspunktet og hovedregelen således at den av foreldrene som verken har del i foreldreansvaret eller i omsorgen av barnet, ikke kan reise søksmål, jf. Rt 1993 side 1588 og Rt 1995 side 2000.

2.4.2 Foreldres partsstilling i saker den andre forelderens bringer inn for retten

Ovenfor er det redegjort for spørsmålet om foreldrenes søksmålsadgang, herunder partsstilling i saker der foreldrene selv ønsker å gå til søksmål. Spørsmålet om partsstilling ved overprøving av saker etter barnevernloven kan imidlertid også reises i andre relasjoner. For de tilfeller der en av foreldrene bringer samværsspørsmålet inn for retten, kan da den andre forelderens gjøres til part i sak om omgjøring av fylkesnemndas vedtak om samvær mellom den som bringer saken inn for retten og barnet? Hva med de

²⁹ Se eksempelvis Rt 1996 side 1684

tilfeller der en forelder er fornøyd med samværsordningen. Må denne trekkes inn i en sak mellom den andre forelderen og kommunen? Kan samværet forandres i forhold til denne, og må han gjøre partsrettigheter gjeldende? I disse situasjonene er ikke spørsmålet bare hvem som er part. Man støter også på det såkalte *identitetsspørsmålet* om hva som er èn og hva er flere saker/krav? Da vi ikke har lovtekst eller forarbeider som direkte tar stilling til disse spørsmålene, vil jeg se nærmere på rettspraksis. Høyesterett har i flere avgjørelser av *nyere dato* tatt stilling til foreldres partsstatus ved rettslig overprøving av vedtak om samvær etter bvl § 4-19 (2).

I **Rt. 2001 side 1637** var spørsmålet Høyesteretts kjæremålsutvalg skulle ta stilling til om barnets far skulle gjøres til part i sak om overprøving av fylkesnemndas vedtak om samvær mellom mor og barn. Kjæremålsutvalget kom til at ingen av bestemmelsene i tvistemålslovens kapittel 33 inneholdt positiv hjemmel for at kommunen kunne trekke andre personer med samværsrett til barnet inn i saken når deres samværsrett ikke har vært prøvd av fylkesnemnda.

Faktum i saken var her at ved omsorgsovertakelsen fikk hver av foreldrene et samvær på seks ganger i året. Moren krevde rettslig prøving av omsorgsovertakelsen, mens far krevde omfanget av samværsretten overprøvd. I lagmannsretten ble det fastsatt at far skulle ha samvær ti ganger i året. Moren fikk derimot ikke medhold i kravet om at omsorgsovertakelsen skulle oppheves. Kommunen fremsatte deretter begjæring til fylkesnemnda om reduksjon av samværet mellom mor og barn. Ved fylkesnemndas vedtak ble mors samværsrett begrenset til to samvær i året, slik at det samlede samvær fortsatt var 12 ganger i året. Mor krevde deretter fylkesnemndas vedtak overprøvd ved Oslo byrett. Under saksforberedelsen for byretten krevde kommunen at barnets far måtte trekkes inn i saken. Far hevdet at hans samværsordning var fastlagt ved lagmannsretten, og at denne ikke kunne overprøves ved at han, mot hans vilje, trekkes inn som part i en sak om overprøving av det fylkesnemndsvedtak som avgjør samværsordningen mellom mor og barn. Oslo byrett traff beslutning om at far skulle tre inn som part i saken. Borgarting lagmannsrett avsa kjennelse med slutning om at far ikke var part i mors samværs sak. Høyesteretts Kjæremålsutvalg kom til samme resultat som lagmannsretten.

I samsvar med lagmannsrettens tolkning kommer Kjæremålsutvalget til at retten ikke kunne trekke andre samværsberettigede inn i saken.³⁰ Lagmannsretten la vekt på at det ville bryte med sosialtjenestelovens regler. Det ville også skape usikkerhet hos den av partene som hadde akseptert nemndas vedtak. Kommunen ønsket å få vurdert det totale samvær som var best for barnet. Dette avviser Kjæremålsutvalget med begrunnelsen at ”saka” etter tvml § 482 er ”nemndsvedtaket”. Avgjørelsen er i tråd med hovedregel og utgangspunkt i sivilprosessen. Hovedregelen i sivilprosessen er at retten bare kan pådømme det eller de krav eller rettsforhold som partene har brakt inn for retten til avgjørelse. Dette gjelder også i saker der partene mangler fri rådighet over sakens gjenstand.³¹

I Rt 2002 s. 1378 kom Høyesteretts kjæremålsutvalg imidlertid til at en far måtte få partsstatus i sak mor reiste for retten.

Spørsmålet som Høyesteretts Kjæremålsutvalg skulle ta stilling til var om en far kunne kreve partstilling i en sak moren har reist mot kommunen i forbindelse med kommunes overtakelse av omsorgen for det felles barnet.

Faktum i saken var her at fylkesnemnda hadde fattet et vedtak om omsorgsovertakelse og samvær for foreldrene. Far hadde stilling som part ved behandlingen i fylkesnemnda. Vedtaket regulerte både mors og fars samværsrett med det felles barnet. Mor brakte vedtaket inn for tingretten, der kommunen ble frifunnet. Far hadde stilling som part ved tingrettsbehandlingen. Mor påanket saken til lagmannsretten. Far anmodet om å bli gitt stilling som part for lagmannsretten, men lagmannsretten avsa kjennelse med den slutning at far ikke var part i ankesaken. Høyesteretts Kjæremålsutvalg kom til et annet resultat.

Fra kjennelsen siteres:

Utvalget viser til prinsippet om barnets beste, jf. barnevernloven § 4-1, er styrende også for de avgjørelser om samværsrett etter § 4-19. Ved avgjørelse om samværsrett må det ses hen til det samlede omfang av samværsretten i tilfelle hvor det er flere aktuelle samværsberettigete. Dette betyr at domstolene ved avgjørelsen må kunne stå fritt til å regulere samværsordningen i forhold til begge foreldrene. Ved at

³⁰ se sak LB-2001-1923 K/04

³¹ se Skoghøy: *Tvistemål* 2. utg side 700.

domstolen kan ta hensyn til den utviklingen som har skjedd etter at fylkesnemnda traff sitt vedtak, har man mulighet for å treffe den avgjørelse som på domstidspunktet fremstår som den beste for barnet. Dette taler for at ”saka” ved rettslig overprøving ikke bare kan sies å gjelde mors samværsrett, men at også fars samværsrett berøres på en slik måte at han også må ha partsrettigheter.

Her legger Kjæremålsutvalget til grunn at hensynet til barnets beste tilsier at man må se hen til det samlede omfang av samværsretten i tilfeller hvor det er flere aktuelle samværsberettigete, og gir far partsstilling.

Og videre:

Spørsmålet om partsstilling ved overprøving av saker etter barnevernloven kan reises i forskjellige relasjoner. Utvalget viser særlig til kjennelsen i Rt 2001-1637, hvor etter en far ikke kunne trekkes inn som part i en sak som mor hadde brakt inn for byretten til overprøving av fylkesnemndas vedtak om redusert samvær for mor. I denne sak gjaldt imidlertid nemndas vedtak bare mors samværsrett, resultatet bør bli et annet når fylkesnemndas vedtak omfatter samværsrett for begge foreldrene.

I denne saken fikk altså far partsstilling. Avgjørelsene fra 2001 og 2002 er imidlertid ikke nødvendigvis motstridende. I avgjørelsen fra 2001 heter det at ingen av de aktuelle bestemmelsene om rettslig overprøving av fylkesnemndsvedtak i barnevernloven, sosialtjenesteloven og tvistemålsloven kapittel 33 ” inneholder positiv hjemmel for at kommunen kan trekke andre personer med samværsrett til barnet inn i saken, når deres samværsrett ikke har vært prøvd av fylkesnemnda. Kjæremålsutvalget kan heller ikke se at det kan utledes en slik adgang av lovens system. Tvistemålsloven § 482 fastsetter at innenfor rammen av vedkommende lov skal retten prøve ”alle sider av saka”. Men dette betyr ikke mer enn at retten prøver alle sider ved det nemndsvedtak som kreves overprøvd.”

Man kan se det slik at utvalget her foretar en utvidende tolkning og åpner for at ”saka” etter tvml § 482 er hele nemndsvedtaket også når dette vedtaket gjelder begge foreldrene, uten at begge har reist søksmål om det. I avgjørelsen fra 2001 gjaldt nemndsvedtaket bare morens samværsrett, ikke farens.

I de to kjennelsene Rt 2001 side 1637 og Rt 2002 side 1378 har Høyesterett tolket tvml § 482 og kommet til et ulikt resultat hva angår foreldrenes partsstilling. I **Rt 2003 s. 1319** har Høyesteretts kjæremålsutvalg tatt stilling til hvilke sider ved et fylkesnemndsvedtak som kan tas opp til avgjørelse ved en etterfølgende rettslig

overprøving. Kjennelsen sier ikke noe om foreldrenes partsstilling, men inneholder uttalelser vedrørende tolkning av hva som er "saka" etter tvml § 482.

Spørsmålet som Høyesteretts kjæremålsutvalg her skulle ta stilling til var rettens kompetanse etter tvml § 482. Nærmere bestemt om tingretten i en sak om omsorgsovertakelse og samværsrett også kunne ta stilling til vedtaket om å tilbakeføre foreldreansvaret. I nemndsvedtak hadde foreldrene, som var fratatt foreldreansvaret, fått dette tilbake. Til tross for at kommunen ikke hadde begjært overprøvd fylkesnemndas vedtak om å tilbakeføre foreldreansvaret, omgjorde tingretten det vedtak nemnda hadde truffet, og fratok foreldrene foreldreansvaret. Kjæremålsutvalget kom her frem til at tingretten kunne ta stilling til spørsmålet om foreldreansvaret.

Kjæremålsutvalget tok utgangspunkt i hovedregelen om at retten bare kan pådømme de krav eller rettsforhold som partene har brakt inn for retten og at dette også gjelder i saker der partene mangler fri rådighet over sakens gjenstand. Unntak fra dette utgangspunkt kunne imidlertid tenkes, og spørsmålet i saken var om unntak kunne følge av en naturlig forståelse av tvml § 482.

Kjæremålsutvalget starter med å tolke ordlyden. Det finner at gode grunner taler for å forstå bestemmelsen slik at retten har plikt til å vurdere om den av eget tiltak skal behandle andre spørsmål fylkesnemnda har avgjort. Begrunnelsen Kjæremålsutvalget benytter er at menneskelige hensyn tilsier en slik løsning. Videre begrunnes synspunktet med at domstolen i saker etter tvml kapittel 33 nærmest er tillagt myndighet som et forvaltningsorgan, hensynet til barnets beste, at retten skal foreta en nåtidsvurdering, og at domstolen har ansvar for sakens fulle opplysning. Kjæremålsutvalget presiserer at en absolutt forutsetningen for å kunne ta stilling til et krav partene ikke har brakt inn for retten, er at hensynet til kontradiksjon blir ivaretatt.

Personlig synes jeg det er en noe merkelig forklaring, det at Kjæremålet her mener at det følger av "en naturlig forståelse" av ordet "saka" at dette omfatter alle vedtak fylkesnemnda har fattet. Til tross for at de lister opp en rekke momenter som taler for resultatet blir det litt vanskelig å få tak i hva det menes, da det vanskelig kan sies at disse følger av en naturlig forståelse av ordet. Det må vel legges til grunn at det Kjæremålsutvalget gjør er å tolke ordlyden utvidende. Det fremstår fremdeles som noe

uklart hvilke rettskilder og hjemmel Kjæremålsutvalget benytter til støtte for sitt resultat. I teorien er dommen kritisert og et synspunkt er at retten synes å ha bygget resultatet på nødrettslige prinsipper.³²

Det kan innvendes at retten her går noe langt i sin tolkning av ordet ”saka”. I barnevernsakene er vi inne på legalitetsprinsippets kjerneområde. Ved regler som gjelder privates rettsikkerhet er det grenser for hvor langt en forsvarlig tolkning av bestemmelsene kan trekkes til skade for denne. Det kan videre stilles spørsmål om hvor godt rettsikkerheten og hensynet til kontradiksjon kan bli ivaretatt i tilfeller der partene ikke er forberedt på at spørsmålet vil bli tatt opp. De personlige forutsetningene hos partene må tillegges vekt. Resultatet kan nok virke forsvarlig i denne konkrete saken. Dette fordi Kjæremålsutvalget går gjennom hele saksgangen og finner at kravet til kontradiksjon er ivaretatt. Det å gi kjennelsens resultat en generell rekkevidde synes imidlertid noe betenkelig, da barnevernsakene er svært ulike og barnevernloven hjemler inngripen i svært personlige forhold. I sivilprosessen har vi noen ulovfestede grunnprinsipper. Dette er kravet til forsvarlig saksbehandling og hensynet til kontradiksjon. Det å trekke inn krav partene ikke har anført vil kunne komme i strid med disse prinsippene. Reglene om hvordan saksbehandlingen skal foregå kan sammenfattes i at behandlingen må være forsvarlig. Dette er mer enn bare ett hensyn. Det er en regel som inneholder grunnleggende krav til forsvarlighet og saklighet. Brudd på dette kan føre til at en dom må oppheves. Det kan hevdes at prinsippet er lovfestet med inkorporeringen av EMK og FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (heretter forkortet SP) ettersom konvensjonene stiller et generelt krav til rettferdig rettergang, såkalt ”fair trail”.

Videre står kontradiksjonsprinsippet helt sentralt i all sivilisert rettergang. Kontradiktorisk saksbehandling innebærer at begge parter skal ha adgang til å gjøre rede for sitt syn på de faktiske omstendigheter i saken og hva som kan utledes av bevisene som foreligger. Partene må også få mulighet til å kommentere hverandres anførsler. Kontradiksjon er nødvendig både med hensyn til å nå et materielt riktig resultat (slik at saken blir belyst på en riktig måte) og med hensyn til at dette nås på en tillitskapende måte (partene må få imøtegå motpartens anførsler). Prinsippet er således avgjørende for

³² Se Rikke Lassen, ”Barnevernet - tilbake til start?” i FAB nr 1/2004/årgang 2

at prosessen skal oppfylle sitt viktigste hensyn. Det er imidlertid viktig å merke seg at kontradiksjon kun omhandler partenes faktum og bevis i saken. Det ikke noe krav om kontradiksjon med hensyn til det strengt rettslige. Rettssetninger er først og fremst rettens domene. Etter dette er mitt syn at retten på et generelt grunnlag kun i unntakstilfeller bør ta opp spørsmål partene ikke har anført.

Det kan i tilknytning til foreldres partsstatus stilles spørsmål om hvorvidt den av foreldrene som ikke ønsker å bringe fylkesnemndas vedtak om samvær inn for overprøving i domstolene, likevel kan gjøres til part i en rettssak der den andre har valgt å gå til søksmål, og da med den konsekvens at han eller hun kan få endret omfanget av eget samvær uten selv å ha angrepet fylkesnemndas vedtak.

I Rt 2001 side 1637 kunne fars samværsrett ikke trekkes inn i saken mor hadde anlagt for retten. I Rt 2002 side 1378 ble far innvilget partsrettigheter, men her var faktum det at far *ønsket* å tre inn i saken og nemndsvedtaket tok stilling til både mor og fars samværsrett.

Lagmannsretten har i sak **LB-2004-27432** tatt stilling til spørsmålet om hvorvidt den av foreldrene som ikke ønsker å bringe fylkesnemndas vedtak om samvær inn for overprøving i domstolene, likevel kan gjøres til part i en rettssak der den andre har valgt å gå til søksmål, og da med den konsekvens at han eller hun kan få endret omfanget av eget samvær uten selv å ha angrepet fylkesnemndas vedtak. Tingrettens beslutning om å gjøre far til part og utvide saken til også å gjelde hans samværsrett, ble stadfestet av lagmannsretten.

I Rt 2004 side 1300 kom Høyesteretts kjæremålsutvalg til det resultat at i en sak der det er flere samværsberettigede, må alle trekkes inn i saken og gis partsrettigheter. En nærmere redegjørelse for denne kjennelsen kommer nedenfor i punkt 2.4.3.

Det ser ut til at rettstilstanden etter dette er at hvorvidt en forelder ikke ønsker å tre inn i saken ikke har noen betydning, da det ved avgjørelsen av samværsretten ses hen til det samlede omfang av samværsretten ut fra hva som er barnets beste på domstidspunktet.

2.4.3 Foreldrenes partsstilling i saker der besteforeldre krever samvær med barnet

Ovenfor er det redegjort for foreldrenes partsstilling i saker der en av foreldrene bringer samværsspørsmålet inn for retten. Hvordan foreldrenes partsstilling er i saker der besteforeldre bringer sitt samværsspørsmål inn for retten, skal det redegjøres for nedenfor.

I **Rt 2004 side 1300** tok retten stilling til foreldrenes partstilling i sak en mormor hadde brakt inn for domstolen. Kjæremålsutvalget kom til at moren, faren og barnet var å anse som parter i saken.

Faktum i saken var her at fylkesnemnda hadde behandlet samværsspørsmålet i separate saker i forhold til moren, faren og mormoren. Det ble ikke fastsatt samvær for mormoren. Hun begjærte rettslig overprøving av fylkesnemndas vedtak om ikke å fastsette samvær mellom henne og barnebarnet. I forbindelse med tingrettens behandling oppsto det tvist om hvem som kan og skal være parter i saken mormoren har anlagt.

Fra kjennelsens punkt 21 siteres:

Det kan til dette tilføyes at foreldres og andres samværsrett samlet lett vil kunne nå opp til et omfang hvor det blir nødvendig å avveie fordelene med samvær mot barnets behov for en mer stabil tilværelse innenfor den omsorg som i det enkelte tilfellet er etablert. Hensynet til barnets beste tilsier således at spørsmålet om samvær blir gitt en samlet bedømmelse som omfatter alle de aktuelle samværsberettigede.

Videre uttales i punkt 23:

I den foreliggende sak er det spørsmål om ytterligere en samværsberettiget, barnets mormor. Utvalget kan ikke se at dette bør føre til at spørsmålet om partsrettigheter løses på noen annen måte.

Det Høyesteretts kjæremålsutvalg her sier er at hensynet til barnets beste tilsier at spørsmålet om samvær blir undergitt en samlet bedømmelse som omfatter alle de aktuelle samværsberettigede og der disse må gis partsstilling. Høyesterett slår også i kjennelsen fast at domstolene i en slik sak må ha mulighet til å treffe nye avgjørelser om samvær, selv om dette skulle innebære en endring i den samværsordning som fylkesnemnda hadde fastslått for moren og/ eller faren.

Kjennelsen inneholder viktige uttalelser av prosessuell og materiell betydning.

Av betydning for prosessen stadfester den at alle samværspretendenter må gis partsrettigheter i saken og at vedtak må treffes samtidig og for samme nemnd.

Av materiell betydning er at samværs spørsmålet må gis en samlet behandling, slike at det i vurderingen blant annet kan tas hensyn til hvor mye samvær barnet samlet vil tåle.

Det er imidlertid noen spørsmål som synes uavklart.

Det kan stilles spørsmål om hvorvidt kjennelsen gir svar på om tilsvarende skal gjelde i de tilfeller der en av de samværsberettigede har fått avgjort sitt krav om samværsrett i en tidligere sak for retten. I Rt 2004 side 1300 var mors, fars og mormorens samværsrett behandlet i fylkesnemnda. Det kan ikke trekkes ut av begrunnelsen til

Kjæremålsutvalget at tilsvarende skal gjelde om en av de samværsberettigede har fått avgjort sitt krav på samværsrett i en tidligere sak. Utgangspunktet ved rettens behandling av samværs spørsmålet er at det er den private part og kommunen som har rett til å bringe fylkesnemndas vedtak inn for retten til prøving. Domstolens kompetanse forutsetter altså at det foreligger en *nemndsavgjørelse* som kan overprøves, jf.

overskriften i sostjl § 9-10 og tvml kapittel 33. Når nemnda isolert sett har tatt stilling til en samværsberettigets samværsrett i en tidligere sak, og denne saken ikke er brakt inn for retten, taler sammenhengen i lovverket for at retten ikke kan prøve dennes samværsrett som følge av at nye nemndsvedtak som gjelder andre samværsberettigede er brakt inn for retten.

I avgjørelsen fra 2001 side 1637 het det at ingen av de aktuelle bestemmelsene om rettslig overprøving av fylkesnemndsvedtak i barnevernloven, sosialtjenesteloven og tvistemålsloven kapittel 33 ” inneholder positiv hjemmel for at kommunen kan trekke andre personer med samværsrett til barnet inn i saken, når deres samværsrett ikke har vært prøvd av fylkesnemnda. Kjæremålsutvalget kan heller ikke se at det kan utledes en slik adgang av lovens system. Tvistemålsloven § 482 fastsetter at innenfor rammen av vedkommende lov skal retten prøve ”alle sider av saka”. Men dette betyr ikke mer enn at retten prøver alle sider ved det nemndsvedtak som kreves overprøvd”. Denne kjennelsen taler også i den retning av at retten kun kan ta stilling til spørsmål fylkesnemnda har tatt stilling til.

Hensynet til sakens opplysning og hensynet til at retten skal søke å nå frem til et riktig resultat tilsier at den samværsberettigedes sak bør være gjenstand for en oppdatert barnevernsundersøkelse og en fylkesnemndsvurdering før en rettslig behandling av spørsmålet om et totalsamvær for barnet.

Mitt syn på saken er at resultatet i Rt 2004 side 1300 ikke kan legges til grunn i de tilfeller der den samværsberettigede tidligere har fått avgjort sitt samvær, og denne personens samvær ikke har vært gjenstand for vurdering i fylkesnemndsvedtaket.

Et annet spørsmål er om kjennelsen påvirker behandlingsmåten i fylkesnemnda.

Praksis i fylkesnemndene ser ut til å være at sak om samvær for foreldre som ikke har partsrettigheter i omsorgssaken behandles i egen sak.³³ Tilsvarende må også samvær for tredjemann etter bvl § 4-19 (3) behandles i egen sak. I Rt 2004 side 1300 punkt 21 uttaler Kjæremålsutvalget følgende:

Hensynet til barnets beste tilsier således at spørsmålet om samvær blir gitt en samlet bedømmelse som omfatter alle de aktuelle samværsberettigede. En slik bedømmelse har som nevnt i vår sak skjedd ved fylkesnemndas behandling, hvor nemnda - riktignok i atskilte vedtak – har tatt stilling til både moren og farens og til mormorens samværsrett.

Kjennelsen gir ikke klart svar på hvordan spørsmålet om samvær skal behandles i fylkesnemnda, men den gir uttrykk for at fylkesnemndas behandling i det foreliggende tilfellet var riktig. Her hadde vedtakene atskilte saksnummer, men det var uten betydning, da samværet er vurdert for samme nemnd og alle samværsberettigede er tatt med i vurderingen. Det er imidlertid uvisst om fylkesnemndene har lagt seg på denne linjen. I følge kjennelsens resultat kan sakene behandles hver for seg. I tilfeller med flere samværsberettigede må imidlertid samværet vurderes for samme nemnd og alle samværsberettigede må være tatt med i vurderingen. Tidligere praksis er ikke til hinder for at saker forenes til felles behandling.³⁴

³³ Se Ofstad/Skar: *Barnevernloven* 4. utg. s. 157, samt retningslinjer nedfelt i intern Rutinehåndbok for landets fylkesnemnder.

³⁴ Se Ofstad/Skar: *Barnevernloven* 4. utg. s. 162

Videre kan det stilles spørsmål om hvorvidt personer som tidligere har gjort krav på samvær, og som har frafalt søksmålet må trekkes inn i den nye saken vedrørende samme barn. Spørsmålet er vanskelig. For rettsendringssøksmål vil de regler som gir hjemmel for søksmålet som regel også fastsette hvem som kan reise søksmål mot hvem. I den grad disse reglene ikke sier noe uttrykkelig om dette, vil spørsmålet først og fremst måtte søkes løst ved en nærmere tolkning og utfylling av disse reglene.³⁵

Tvistemålsloven inneholder enkelte bestemmelser om partsskifte under saken. Et eksempel er tvml § 65. Det blir imidlertid ikke helt treffende på vårt tilfelle, da det ikke er tale om et partsskifte. Løsningen kan muligens søkes i reglene om utvidet rettskraft. Man må nok uansett skille mellom de tilfeller der fylkesnemnda har vurdert kravet i sammenheng med den/de samværsberettigede som nå krever samværsretten overprøvd av retten og de tilfeller der det ikke er skjedd. Er tilfellet slik at samværspretendenten har vært vurdert samtidig med den som nå bringer sitt samvær inn for retten, kan kjennelsen i Rt 2004 side 1300 tale for at også denne må trekkes inn i saken, og således ha krav på partsrettigheter.

En konsekvens av at det skal fastsettes en total samværsordning i de saker der det er flere samværsberettigede, er at det ser ut til å oppstå et tvungent prosessfellesskap. Dette da også de som ikke selv ønsker å ta del i prosessen trekkes inn. Tvungent prosessfellesskap innebærer at et søksmål bare kan reises dersom det gjøres *av* flere parter i fellesskap, eller at det bare kan reises dersom det reises *mot* flere parter i fellesskap. I en del tilfeller kan det imidlertid også etableres et prosessfellesskap (subjektiv kumulasjon) selv om personer ikke samtykker. Det kreves imidlertid særskilt hjemmel. Hjemmelen for tvungne prosessfellesskap er å finne i tvml § 68 (3). Denne sier at søksmål kan reises av flere ”naar særskilt lovforskrift hjemler forening av søksmaalene”. Tvistemålslovens femte del inneholder en del lovbestemmelser som påbyr prosessfellesskap, f. eks tvml §§ 417 (2) og 427. Av ordlyden fremstår tvml § 482 ikke som en slik bestemmelse. Vi har imidlertid ved siden av de lovbestemmelser som uttrykkelig tillater prosessfellesskap en del bestemmelser som forutsetter at det skal være

³⁵ Se Skoghøy: *Tvistemål* 2. utg. s. 361

adgang til subjektiv kumulasjon, selv om det ikke er uttrykkelig sagt. En slik forutsetning må ligge i de regler vi har om utvidet rettskraft.³⁶

Reglene om rettskraftens subjektive grenser regulerer spørsmålet om hvem en rettsavgjørelse er bindende for. Det klare utgangspunktet er at en rettsavgjørelse bare er bindende for sakens parter. Ved avgjørelsen av hvem som skal anses som parter, er det den formelle partsstillingen som er avgjørende, og ikke hvem som reelt har interesse i avgjørelsen.³⁷ På enkelte rettsområder er det unntak fra dette utgangspunktet, ved at avgjørelsen har rettskraftsvirkninger også for andre enn den eller de parter som har brakt saken inn for retten. Dette er bestemmelser som sier at en dom virker ”for og mot alle”.³⁸ Man snakker i så fall om utvidet subjektiv rettskraft. I disse tilfellene er regelen at andre som får sin rettstilling påvirket av avgjørelsen har partsrettigheter i saken og kan forlange å tre inn i saken på ethvert trinn.³⁹ Slike unntak fra hovedregelen om at saken bare er bindende for den eller de som har brakt saken inn rettsapparatet, kan være både lovfestede og ulovfestede.

Eksempler på lovfestede unntak hvor avgjørelser har utvidet rettskraft er i saker om farskap, jf barneloven § 27, og i saker om nedstamming, jf. tvml § 427.

Eksempler på ulovfestede unntak hvor avgjørelser har utvidet rettskraft er avgjørelser om umyndiggjørelse og avgjørelser om gyldigheten av adopsjon.⁴⁰ Andre tilfeller kan være der det foreligger et særlig tilknytningsforhold mellom partene.

Det kan tenkes at avgjørelser i barnevernssaker (omsorgsovertakelse og/eller samværsfastsettelse) kan være et annet eksempel på avgjørelser som har slik utvidet rettskraftsvirkning. Dette innebærer i så fall at den samværsordningen som fastsettes for barnet i domstolene er bindende både for foreldrene og enhver annen samværspretendent. Begrunnelsen for at avgjørelsen har utvidet rettskraft må søkes i en

³⁶ Se Hov: *Rettergang III* s.204, Skoghøy: *Tvistemål 2*.utg s.378.

³⁷ Se Skoghøy, *Tvistemål 2*. utg. s.840

³⁸ Se Hov, *Rettergang I* s. 370

³⁹ Se Skoghøy, *op.cit.*, s.380

⁴⁰ Se Skoghøy, *op.cit.*, s.842

klarlegging av hvilke materielle rettsspørsmål som reiser seg i denne type saker og reelle hensyn. Dette på samme måte som for de øvrige ulovfestede reglene om utvidet rettskraft.

Det overordnede hensyn ved tolkningen av bestemmelsene i barnevernloven er hensynet til ivaretagelse av barnets interesser. Utgangspunktet er at det skal være samvær mellom foreldre og barn. Ved vurderingen av hvor mye samvær hver av foreldrene skal få er det flere momenter som tillegges vekt.

For det første må det være heldig for barnet med samvær med de aktuelle samværspersonene. Det må ikke hefte forhold ved omsorgspersonene som gjør samvær utilrådelig. For det andre må det ved den konkrete vurdering av hvor mye samvær den enkelte skal tildeles, vurderes hvor stor samlet belastning barnet kan utsettes for i forhold til omfanget av samvær.⁴¹ Behovet for å se barnets samlede samvær under ett bygger på den forutsetningen om at barnet har en absolutt tålegrense for samvær.⁴²

De materielle spørsmål som reises i tilknytning til vurderingen av hvor mye samvær de forskjellige personer skal ha med barnet kan tale for at avgjørelsen i slike saker har utvidet rettskraft. Dette fordi de materielle spørsmålene krever en sammensatt vurdering hvor flere forhold spiller inn, samt at tilknytningsforholdet mellom de involverte er svært nært. Videre vil hensynet til barnets beste være et moment som taler i samme retning, da retten må finne en løsning som er til beste for barnets interesser. Hva som er til barnets beste kan man best vurdere hvis alle de samværsberettigede involveres, slik at saken blir opplyst på best mulig måte. De hjemlede tilfeller der avgjørelser har utvidet rettskraft er saker om person- og familierettslig status. Samværsspørsmålet har likheter både når det gjelder tema og rettsområdet.

Konklusjonen blir således at det her dannes et tvunget prosessfellesskap som er hjemlet i de ulovfestede regler om utvidet subjektiv rettskraft.

⁴¹ For en nærmere behandling av sentrale momenter ved vurderingen av barnets beste for så vidt gjelder samværets omfang, se Haugli: *Samværsrett* 2. utg. kapittel 8.

⁴² Se Ofstad/Skar: *Barnevern* 4. utg s. 161

Et spørsmål i forlengelsen av drøftelsen om prosessfellesskap er hvilken benevnelse de personer som ufrivillig trekkes inn i saken skal ha. I saker der foreldre eller andre bringer spørsmålet om samvær inn for domstolene er det i utgangspunktet kun kommunen som kan stå som saksøkt. Er det imidlertid under fylkesnemndas behandling av saken flere private parter med motstridende interesser, vil den private motpart formentlig kunne saksøkes ved siden av kommunen.⁴³ Det er imidlertid ikke det som er tilfellet her. Konklusjonen ser da ut til å være at foreldre og andre som ufrivillig trekkes inn i saken må betegnes som saksøkere, da tvistemålsloven opererer med begrepene saksøker, saksøkt og hjelpeintervenienter.

2.4.4 Bør rettstilstanden etter Rt 2004 side 1300 opprettholdes?

I Rt 2004 s.1300 kom Høyesteretts Kjæremålsutvalg i sin begrunnelse til at hensynet til barnets beste tilsier at spørsmål om samvær blir gitt en samlet bedømmelse som omfatter alle de samværsberettigede.

Spørsmålet om partsforholdet i slike saker kan komme opp i to forskjellige situasjoner. Det kan oppstå når det reises sak om samværsrett for en person. Her blir spørsmålet om tingretten, og for så vidt også fylkesnemnda, skal og kan prøve samværsretten for den eller de som i en tidligere omgang har fått fastlagt sitt samvær med fylkesnemnda, men ikke har deltatt under den nye behandlingen for fylkesnemnda. En noe annerledes situasjon foreligger når spørsmålet om samvær har vært oppe samtidig for fylkesnemnda for alle involverte, og hvor bare en eller noen av dem ønsker å reise søksmål om fylkesnemndas vedtak. Det var den sistnevnte situasjonen som var tilfellet i Rt 2004 side 1300, og som den videre drøftelsen vil ta utgangspunkt i.

Ved at retten fastsetter en total samværsordning for alle samværsberettigede, har det den konsekvens at også den av foreldrene og/eller andre som ikke har brakt et fylkesnemndsvedtak inn for domstolene til rettslig prøving, eller påanket en dom til overordnet instans, får fastsatt sin samværsrett med barnet. Alternativet er at en samværs sak kan begrenses til å gjelde samværsrett for bare den av de

⁴³ Se Frode Innjord: artikkel "Saksbehandlingen i domstolene" s. 165

samværsberettigende som har brakt saken inn for domstolene og at dommen dermed bare er bindene for denne ene.

Saker som behandles etter reglene i tvml kapittel 33 er indispositive, dvs de er unntatt partenes frie rådighet.⁴⁴ Det er opp til partene å bringe saken inn for retten, men innenfor det som er brakt inn for domstolen (de krav/rettsforhold som er gjort til søksmålgjenstand), står retten imidlertid fritt, jf. tvml § 482.

Før jeg går inn på drøftelse om hvorvidt resultatet bør opprettholdes, vil jeg først klarlegge hvilke spørsmål problemstillingen reiser i forhold til tvml § 482.

For det første er det spørsmålet om hva som er ”saka” etter tvml § 482. Dette er et spørsmål om hvordan man definerer de(t) krav /rettsforhold som bringes inn for retten. Skal retten ta stilling til de spørsmålene som er brakt inn for retten ved søksmål, eller kan den ta stilling til ethvert spørsmål som er behandlet av fylkesnemnda?

For det andre er det spørsmålet om hvem en rettsavgjørelse er bindende for. Dette reguleres av reglene om rettskraftens subjektive grenser. En drøftelse om rettskraftens subjektive grenser er gitt ovenfor i punkt 2.4.3.

Problemstillingen jeg nå skal redegjøre for er om retten bør fastsette en total samværsordning som er bindende for begge foreldrene og andre, og hvor alle kan kreve partsstatus under hovedforhandling.

Mot den løsning at retten fastsetter en total samværsordning kan for det første innvendes at det ikke nødvendigvis er til barnets beste at foreldrene påtvinges søksmål mot sin vilje. Både barn og foreldre er i en sårbar situasjon. Barnet trenger ro rundt situasjonen, og en rettssak, der foreldrene trekkes inn mot sin vilje, kan være uheldig for barnet. I tillegg kan et påtvunget søksmål være med på å skape unødige interessekonflikter mellom partene.

⁴⁴ Se Skoghøy: *Tvistemål* 2.utg. s.462

For det andre er en slik løsning med på å skape usikkerhet hos den av partene som har akseptert fylkesnemndas vedtak. Ofte er foreldrene i barnevernsaker ressursvake. Det vil innebære en ekstra stor belastning å leve med denne usikkerheten.

For det tredje har vi forholdet til taushetsplikten. I barnevernsaker er det ofte mange taushetsbelagte opplysninger. Det hefter personvernmessige motforestillinger mot den mulighet for innsyn i sensitive opplysninger om barnets foreldre, i saker der besteforeldre eller andre krever samværsrett.

For den løsning at retten skal fastsette en total samværsordning for alle de samværsberettigede er at hensynet til barnets beste skal tillegges avgjørende vekt i både materielle og prosessuelle spørsmål. Barnets beste er etter gjeldende rett det helt sentrale hensynet når forvaltning eller domstoler skal finne den materielle løsningen i en barnevernsak. Prinsippet kommer til uttrykk i bvl § 4-1 og barnekonvensjonen art 3. I praksis innebærer det at verken barnevernet, fylkesnemnda eller domstolene skal treffe avgjørelser som tilsidesetter et barns interesser og behov til fordel for foreldrenes interesser og behov. Det at samværsordningen undergis en samlet behandling, gjør at retten kan vurdere det totale samværet for barnet, til beste for barnet og dets interesser. Skal retten bygge sin avgjørelse på den forutsetning at samværet mellom en av de samværsberettigede og barnet er rettskraftig avgjort, vil dette innskrenke rettens mulighet til å treffe en avgjørelse i samsvar med barnets interesser.

Et annet moment er hensynet til sakens opplysning. Domstolene har et selvstendig ansvar for at saken er så godt opplyst som mulig. Prinsippet kommer til uttrykk i tvml § 481 sjette ledd, og bryter med det ”forhandlingsprinsipp” som kjennetegner saker hvor partene har fri rådighet. Hvis retten bare skal fastsette samvær for en av foreldrene kan det bli vanskelig når retten ikke har full oversikt over de andre samværsberettigedes forhold. Det kan imidlertid anføres at de andre kan føres som vitne i saken, for så å kunne belyse saken. Dette vil ikke nødvendigvis gi et fullgodt bilde av den totale situasjonen. Den som ikke får ”sitt” samvær regulert kan f. eks nekte å la seg utrede av sakkyndig og kan på den måten hindre at saken blir tilstrekkelig opplyst. Denne vil heller ikke ha en så sterk interesse i at saken blir så godt opplyst som mulig, da det ikke er dennes samvær som skal reguleres.

Det vil videre kunne være uheldig for den som har brakt saken inn for retten om bare dennes samvær skal kunne prøves. Hvis retten ikke kan gå utover den totalramme for samvær som er fastsatt i fylkesnemnda, og de øvriges ordning er rettskraftig avgjort, vil et nytt søksmål vanskelig kunne føre frem. Retten vil måtte bygge på at det den andre av foreldrene er tillagt av samvær, ikke kan endres. Alternativet er at retten prejudisielt må ta stilling til det sannsynlige utfallet av verserende og/eller fremtidige saker om samvær for andre. Noe som vil være en uheldig løsning.

Rettens avgjørelse skal bygge på en nåtidsvurdering, jf. rettspraksis. Den totale mengde samvær som er til barnets beste kan ha endret seg fra behandling i fylkesnemnda til saken blir behandlet i rettsapparatet. Hvis det totale samvær må reduseres etter en slik vurdering, vil det kun gå ut over den som har sin sak oppe for prøving. Dette kan lett komme i konflikt med hensynet til barnets beste.

Det anføres ofte fra den private part at hvis retten gir en av de samværsberettigede samvær slik at det totale samværet blir for stort eller for belastende for barnet, må barneverntjenesten fremme ny sak for fylkesnemnda. En slik situasjon vil være uheldig da man risiker at barnevernsakene blir gående som en evigvarende prosess i fylkesnemnda og i rettsapparat. Med dette systemet vil de samme prosessuelle spørsmål kunne oppstå gang på gang. Et slikt system vil være prosessøkonomisk uheldig og ikke minst kunne gå på bekostning av hensynet til stabilitet og forutberegnlighet i samværsspørsmålet for barna.

Taushetsplikt er også et moment som ofte anføres mot at alle de samværsberettigede skal få partsstatus i saken. Dersom saken skal behandles separat for hver part, vil andre som krever eller har fått samvær, kunne opptre som hjelpeintervenient, jf. tvml 75. Hjelpeintervenienter har rett til å opptre i saken og har krav på full innsyn i saken. Hensynet til taushetsplikt kan således ikke begrunne oppdeling av saken. Når det gjelder hensynet til taushetsplikten, er den i mange tilfeller uthult allerede i behandlingen i fylkesnemnda. Den av foreldrene som har del i foreldreansvaret og eventuelt daglig omsorg (ved behandling av spørsmålet om omsorgsovertakelse) har mulighet til å være tilstede ved behandlingen av de andre samværsberettigedes behandling av deres samværssaker.

Etter dette er mitt syn på saken at rettilstanden bør opprettholdes. Det er en riktig løsning at retten fastsetter en total samværsordning i de tilfeller der det er snakk om en sak med flere parter. Dette må da få den konsekvens at alle samværsberettigede trekkes inn i saken, og må innrømmes partsrettigheter. Jeg legger avgjørende vekt på at hensynet til barnets beste etter gjeldene rett er det helt sentrale hensynet når forvaltning eller domstoler skal finne den materielle løsningen i en barnevernsak. Hensynet til barnet må komme foran hensynet til foreldrenes følelser og interesser. Det moment at retten skal bygge på en nåtidsvurdering og hensynet til sakens opplysning er også sterke grunner som taler for at rettilstanden bør opprettholdes.

3 Forholdet til internasjonale konvensjoner

3.1 Innledning

Generelt kan det sies at menneskerettigheter er fundamentale krav til individets stilling uansett rettssystem.⁴⁵ Hovedformålet er å beskytte enkeltmennesker mot overgrep fra statens myndigheter. Internasjonale menneskerettighetskonvensjoner beskytter så vel barn som voksne. De etablerer rettigheter av både materiell og prosessuell karakter.⁴⁶ Barns behov for menneskerettighetsbeskyttelse er relevant i flere situasjoner. I noen situasjoner vil barnet ha behov for beskyttelse mot menneskerettighetsbrudd fra statens myndigheter. I andre situasjoner vil barnet ha behov for beskyttelse mot overgrep fra foreldrene. Dette kan for eksempel gjelde ved seksuelt misbruk. Med lov om styrkning av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai Nr.30.1999 (heretter forkortet menneskerettsloven) ble den Europeisk menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950 (EMK) inkorporert i norsk rett. Dette med den virkning at denne nå skal gjelde som norsk lov, jf. menneskerettsloven § 2. Loven etablerer også en egen trinnhøyde for menneskerettighetene, i det § 4 slår fast at menneskerettighetsbestemmelsene i tilfelle motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Ved lov 1.aug 2003 nr. 86 ble FNs barnekonvensjon av 20.nov 1989 inkorporert i norsk rett, jf. menneskerettsloven § 2 (4). Denne trådte i kraft 1.okt 2003. Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen (EMD) håndhever rettighetene etter EMK, jf art 41. Domstolens tolkning av bestemmelsene vil være av stor betydning for norske domstoler ved anvendelse av konvensjonen.⁴⁷

Videre vil jeg behandle EMK art 6 og EMK art 8, da partsrettigheter har sider til begge artiklene. Barnekonvensjonens artikkel 3 og 9 vil også kort bli behandlet.

⁴⁵ Se NOU-2000-12 pkt 18.1

⁴⁶ Se NOU-1998-17 s. 13

⁴⁷ Se f.eks Rt 2002 s. 875

3.2 EMK artikkel 6

EMK artikkel 6 fastslår retten til å få avgjort borgerlige rettigheter og plikter inne rimelig tid ved en rettferdig offentlig rettergang av en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov.⁴⁸ Retten til domstolsbehandling vil være ivaretatt uansett om det dreier seg om en alminnelig domstol eller en særdomstol, forutsatt at domstolen har den nødvendig upartiskhet. Ved valg av en annen konfliktløsningsmodell for barnefordelingssakene, vil retten til domstolsprøving være ivaretatt dersom avgjørelsen fra beslutningsorganet kan overprøves av domstolene. Statene står fritt når det gjelder valg av domstolsmodeller for denne type saker - alminnelige domstoler eller særdomstoler - så lenge det organ som tillegges avgjørelsesmyndighet tilfredsstiller de krav som stilles til uavhengighet og upartiskhet.

EMK artikkel 6 er i sivile saker avgrenset til å gjelde saker som angår ”borgerlige rettigheter og plikter”.

Problemstillingen blir først hvorvidt barnevernsaker og det å ha partsrettigheter i egen samværssak er å anse som en ”borgerlig rettighet eller plikt” i følge konvensjonen. Utgangspunktet er at det må trekkes et skille mellom tvister av privatrettslig og offentligrettslig karakter. Begrepet ”civil rights and obligations” skal tolkes autonomt, hvilket betyr at begrepet skal tolkes og anvendes likt for alle konvensjonsstatene, jf. EMD.

I EMDs tidligste praksis ble det lagt opp til et skille som langt på vei fulgte det skille vi har i Norge. Kjerneområdet var da alle tvister av privatrettslig karakter, eksempelvis kjøpsrett, familierett og erstatningsrett. Senere har det imidlertid skjedd en betydelig utvikling i EMDs praksis. Domstolen går i dag ganske langt i å karakterisere saker som etter vårt system er av opplagt offentligrettslig karakter, som ”civil rights” i konvensjonens forstand. Som nevnt ovenfor skal begrepet tolkes autonomt, og den nasjonale rett betydning av begrepet er således ikke avgjørende, om den ikke er sammenfallende med domstolens tolkning. Det er vanskelig å finne en rød tråd.

⁴⁸ Artikkel 6 er gjengitt i vedlegget

Praksisen er utpreget kasuistisk, hvilket vil si at domstolen vurderer det foreliggende rettsforholds egenart. Hvilke saker som faller innenfor og hvilke saker som faller utenfor begrepet bygger således på Kommisjonens praksis om avvisning, og dels på den permanente domstolens praksis.⁴⁹ Når det gjelder barnevernsaker har domstolen tatt stilling til saker om både omsorgsovertakelse og samvær.⁵⁰ Norge har blitt dømt for brudd på menneskerettighetene ved ett tilfelle. Her var det nettopp omsorgsovertakelse og samvær som var tema. Dette skjedde i den såkalte Adele Johansen-saken.

Adele Johansen-saken gjaldt en mor som ble fratatt omsorgen for sitt spebarn. Etterhvert mistet moren også foreldreansvaret og samværsretten, og barnet ble plassert i fosterhjem med sikte på adopsjon. Moren klaget avgjørelsen inn for fylkesmannen og norske domstoler, men fikk ikke medhold. Hun fremmet deretter saken for i Strasbourg. Domstolen kom til at omsorgsovertakelsen var akseptabel, men at de øvrige inngrepene gikk utover det som var påkrevet av hensyn til barnets beste og dermed brudd på artikkel 8. Domstolen slo fast at det ikke var regelverket, men praktiseringen av dette som hadde sviktet.

Konklusjonen er følgelig at saker om samværsrett angår borgerlige rettigheter (civil rights).

Neste spørsmål er om det å ikke få partsstilling i saker om samvær kan sies å være et brudd på foreldres borgerlige rettigheter. For de tilfeller der begge foreldrene har del i foreldreansvaret vil begge ha partsrettigheter etter norsk rett. Problemstillingen er således ikke aktuell. For de tilfellene der en forelder uten del i foreldreansvaret ikke får partsrettigheter i samværssak som kan endre dennes samvær, kan dette tenkes å innbære et brudd på EMK art 6. Nå er det slik i norsk rett at foreldre uten del i foreldreansvaret har partsrettigheter i egen samværssak. Etter Rt 2004 side 1300 ser det også ut til at alle samværspretendenter har partsstilling i saker der en av samværspretendentene bringer

⁴⁹ Se Møse: *Menneskerettigheter* 2.utg s. 304 flg. og Danelius: *Menneskelige rettigheter i europeisk praxis* s. 146

⁵⁰ Eksempler Olsson v. Sverige, A 130 (1988),
H og O v. UK (1987) og W,B,R v. UK, A 121 (1987)

samværsspørsmålet inn for retten. Problemstillingen er mer aktuell i henhold til vedtak om omsorgsovertakelse, der forelder uten del i foreldreansvaret ikke har partsrettigheter i vedtaket om omsorgsovertakelse.

Jeg har ikke funnet noen dommer fra EMD som tar stilling hvorvidt det å ikke ha partstilling i egen samværssak eller sak om omsorgsovertakelse innebærer et brudd på EMK art 6 (1). Det er slik at EMD aksepterer at statene gis et visst spillerom, såkalt ”margin of appreciation”. Forutsetningen for at statene kan fastsette begrensninger er at begrensningene ivaretar et legitimt formål og at det også gjelder et krav om proporsjonalitet. Dette innebærer at det må være et rimelig forhold mellom formålet med begrensningene og de virkningene det får. I norsk sivilprosess er det slik at visse prosessforutsetninger må være oppfylt for at man kan anlegge søksmål. Er det slik at en av prosessforutsetningene ikke er oppfylt ved søksmålet, eller heller ikke blir reparert, må saken avvises. I en kjennelse inntatt i Rt 2003 side 301 har Høyesteretts kjæremålsutvalg uttales følgende:

I Rt -2001-1123 peker førstvoterende på at det er et legitimt formål å ”spare samfunnet - både domstoler og berørte parter - for søksmål som, selv om de skulle føre frem, ikke vil få noen betydning for saksøkerens rettsstilling”, og at kravet til proporsjonalitet heller ikke taler imot at kravet til rettslig interesse opprettholdes. Jeg er enig i dette. Jeg kan heller ikke se at begrensningene i adgangen til å anlegge særskilte søksmål om slike prosessledende avgjørelser som i vår sak, rammer kjerneområdet i artikkel 6 nr.1.

Saken gjaldt i dette tilfelle adgang til å få rettslig prøvet en beslutning om å iverksette en undersøkelsessak etter barnevernloven § 4-3 første ledd. Verken tvml § 54 eller EMK art 6 nr 1 ble ansett å gi adgang til rettslig prøving. Spørsmålet om hvorvidt en person har partsrettigheter er en prosessledende avgjørelse. Det kan etter dette antas at det å ikke ha partsrettigheter, for den av foreldrene som ikke har del i foreldreansvaret, i en sak om omsorgsovertakelse, ikke representerer et brudd på EMK art 6 (1). Løsningen er noe usikker, da kjennelsen ikke gjelder et tilsvarende tilfelle.

3.3 EMK artikkel 8

EMK artikkel 8 første ledd slår fast at enhver har rett til respekt for sitt privatliv og sitt familieliv.⁵¹ I utgangspunktet har foreldrene rett til å være sammen med sine barn og barn har rett til å være sammen med sine foreldre. Regulering av samværsretten innebærer et inngrep i retten til respekt for familielivet. Et slikt inngrep vil kunne representere et brudd på konvensjonen, med mindre det er i samsvar med lov og skal tjene bestemte formål som nevnt i EMK art 8 (2).⁵² Rettighetene til samvær er – i tillegg til i EMK – nedfelt i både barnekonvensjonen og SP. Retten til respekt for familielivet og barn og foreldres rettigheter til å være sammen er likevel ikke til hinder for at staten gir nærmere regler om familiemyndigheten og om barnefordeling og samværsrett ved samlivsbrudd, omsorgsovertakelse.

I 1987 avsa Domstolen de første dommene⁵³ om prosessuelle garantier ved omsorgsovertakelse og samvær. Problemstillingen om hvilke krav EMK art 8 stiller til saksbehandlingen kom på spissen i fem barnevernssaker hvor England var anklaget for brudd på EMK art 8 og EMK art 6 (1). Blant disse sakene er det i tilfellet *W v. Storbritannia* at det foretas en bredere drøftelse av hva kriteriet ”necessary in a democratic society” betyr med hensyn til krav til saksbehandling og partsrettigheter.

Hovedspørsmålet var om inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn. Faktum var her at klagen gjaldt lokale myndigheters vedtak om å foreta en langsiktig fosterhjemsplassering av et barn, med sikte på adopsjon, og å avslutte samværet mellom barnet og de biologiske foreldrene. Domstolen kom til at det forelå en krenkelse av EMK art 8. Det ble avdekket at klageren, som var barnets far, ikke var tilstrekkelig involvert i prosessen. Foreldrene ble ikke hørt før det ble truffet vedtak, og de ble ikke skikkelig informert etterpå. Også lengden på prosessen ble vurdert i lys av EMK art 8. Staten hevdet at det ikke var relevant å trekke inn prosessuelle krav i forhold til EMK art 8, men Domstolen konstaterte krenkelse på bakgrunn av en tolkning av uttrykket ”necessary in a democratic society”.

Fra dommen punkt 62 siteres:

⁵¹ EMK artikkel 8 (1) er gjengitt i vedlegget

⁵² EMK artikkel 8 (2) er gjengitt i vedlegget

⁵³ Sakene *O, H, R, W og B v. England*

It is true that Article 8 contains no explicit procedural requirements, but this is not conclusive of the matter. The local authority's decision-making process clearly cannot be devoid of influence on the decision, notably by ensuring that it is based on the relevant considerations and is not one-sided and, hence, neither is nor appears to be arbitrary.

Domstolen vedgikk at de prosessuelle kravene ikke er direkte uttrykt i EMK art 8, men fant at dette ikke var avgjørende. Fra punkt 62 siteres:

Accordingly, the Court is entitled to have regard to that process to determine whether it has been conducted in a manner, in all circumstances, is fair and affords due respect to the interests protected by Article 8.

Videre fra punkt 63:

The relevant considerations to be weighed by a local authority in reaching decisions on children in its care must preforce include the views and interests of the natural parents. The decision-making process must therefore, in the Court's view, be such as to secure that their views and interests are made known to and duly taken into account by the local authority and that they are able to exercise in due time any remedies available to them."

Domstolen uttalte at myndighetene har en viss handlefrihet med hensyn til den fremgangsmåten som følges, men siden avgjørelser i tilknytning til omsorgsovertakelse har vidtgående konsekvenser, er det særlig behov for vern mot vilkårlighet. Saksbehandlingen må derfor sikre at foreldres synspunkter og interesser tas i betraktning av myndighetene. Foreldrene må i tide kunne benytte seg av sin rett til prøving.

Domstolen sier i punkt 64:

the parents have been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide them with the requisite protection of their interests. If they have not, there will have been a failure to respect their family life and the interference resulting from the decision will not be capable of being regarded as "necessary" within the meaning of Article 8.

En side av kravet om at foreldre må skal delta i beslutningsprosessen ved omsorgsovertakelse og samvær, er at de må se relevante saksdokumenter. I saken *McMichael v. UK* forelå krenkelse fordi foreldrene ved to anledninger ikke fikk se enkelte av dokumentene som hadde betydning ved den judisielle behandlingen. Dette krenket ikke bare art 6 nr.1, men også artikkel 8.

Ved å ha partsrettigheter har man rett til innsyn i alle sakens dokumenter. Foreldre som ikke har del i foreldreansvaret er etter norsk rett ikke parter i sak om omsorgsovertakelse. Ser man på resultatet i McMichael saken vil det å nektes innsyn i dokumenter kunne innebære et brudd på EMK art 8.

3.4 Barnekonvensjonen artikkel 3 og artikkel 9

Etter Barnekonvensjonen artikkel 3 nr 1 skal hensynet til barnets beste tillegges vekt ved alle handlinger som vedrører barn, både i materiell og prosessuell sammenheng.⁵⁴

Bestemmelsen innebærer at barnets interesser skal fokuseres og prioriteres, men utelukker ikke at andre hensyn tillegges vekt, jf. ordene ”først og fremst”. Hensynet til barnets beste er lovfestet i barnevernloven § 4-1 og barneloven § 48.

Det kan anføres at barnekonvensjonen artikkel 3 innebærer en styrkelse av barns rettigheter fordi hensynet til barnets beste her er fastslått som et fast prinsipp. Det legges til grunn at artikkel 3 i Barnekonvensjonen innebærer at også de prosessuelle bestemmelser og valg av konfliktløsningsmodell må utformes slik at barnets interesser ivaretas på en forsvarlig måte. Barnekonvensjonen gir også nærmere bestemmelse om når myndighetene kan og skal overta ansvaret for barna, og hvordan man skal gå frem i slike tilfeller. Det er særlig de første tre leddene i artikkel 9 som er sentrale.⁵⁵ I art 9 nr 1 første setning uttales at partene skal sikre at et barn ikke blir skilt fra sine foreldre mot dets vilje. Unntak fra dette gjelder der kompetent myndighet har hjemmel i lov.

⁵⁴ Barnekonvensjonen artikkel 3 (1) er gjengitt i vedlegget

⁵⁵ Barnekonvensjonen artikkel 9 er gjengitt i vedlegget

4 Litteraturliste og referanser

Databaser

www.lovdata.no

www.odin.dep.no/bfd

www.odin.dep.no/jd

www.echr.coe.int

Litteratur

Litteraturlisten inneholder også utvalgt litteratur det ikke er henvist til, i henhold til de regler som gjelder for spesialoppgaver ved juridisk fakultet, UiO.

Forkortelse brukt i teksten	Tittel og detaljer
Danelius	Danelius, Hans, Mannsliga rättigheter i europeisk praxis. Norstedts Juridik AB 1997. ISBN 91-39-00203-9
Eckhoff, Rettskildelære	Eckhoff, Torstein, Rettskildelære – 5 utg. Oslo 2001 Universitetsforlaget AS. ISBN 82-518-3988-2
Eckhoff/Smith	Eckhoff, Torstein, Smith Eivind, Forvaltningsrett - 6 utg. Universitetsforlaget AS. ISBN 82-518-3522-4
Gisle	Gisle, Jon, Jusleksikon. Kunnskapsforlaget 1999. ISBN 82-573-0862-5
Graver	Graver, Hans Petter, Alminnelig forvaltningsrett Universitetsforlaget AS. ISBN 82-00-45237-9
Haugli	Haugli, Trude, Samværsrett i barnevernssaker – 2. utg. Universitetsforlaget AS. ISBN 82-00-45419-3

Lindboe	Lindboe, Knut, Barnevernrett – 4.utg. Oslo 2003. Universitetsforlaget AS. ISBN 82-1500400-8
Møse	Møse, Erik, Menneskerettigheter- 2. opplag 2003. J.W. Cappelens Forlag a.s., Oslo. ISBN 82-02-19801-1
Ofstad/Skar	Kari Ofstad, Randi Skar, Barnevernloven. Juridisk Forlag AS. 4. utgave 2004. ISBN 82-05-316204
Haugli, artikkel	Tidskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål. Nr.1 / 2003 / årgang 1. Trude Haugli: Partsrettigheter i barnevernssaker når andre enn foreldrene krever samværsrett. Tidskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål. Nr 1/2004/årgang 2. Tidskrift for samfunnsforskning. 1 / 2004 / ÅRGANG 45. Oddbjørn Evenshaug: Samværsrett for besteforeldre?
Tjomsland	Tjomsland, Steinar, Barnevern og omsorgsovertakelse, Kommuneforlaget, 2003. ISBN 82-446-0903-06
Hov, Rettergang I	Hov, Jo, Rettergang I, Sivil og straffeprosess, Papian Oslo, 1999. ISBN 82-91060-08-8
Hov, Rettergang III	Hov, Jo, Rettergang III, Sivilprosess, Papian Oslo 2000. ISBN 82-91 060-11-8 Bonus Pater Familias, Festskrift til Peter Lødrup, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2002. ISBN 82-05-30060- 7

	<p>Toril Havik, Mette Yvonne Larsen, Sigrid Nordstoga, Jarmund Veland, Barnevernet, forutsetninger og gjennomføring. Universitetsforlaget, 2004. ISBN 82-15-00490-3</p> <p>Sturla Falck, Toril Havik, Barnevern og fylkesnemnd. Kommuneforlaget AS 2000. ISBN 82-446-0730-0</p> <p>Asbjørn Kjønstad (red.), Barnevern, fylkesnemnder og rettsikkerhet. Gyldendal Norsk forlag AS 2002. ISBN 82-05-30025-9</p>
Skoghøy	<p>Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, Tvistemål. Universitetsforlaget 2001. 2 utgave. ISBN 82-15-00083-5</p>
Schei	<p>Schei, Tore. Tvistemålsloven bind 2. Tano Aschehoug 1998. 2 utgave. ISBN 82-518-3759-6</p> <p>Uggerud, Ken, Domsanalyse og domskritikk, Cappelen Akademiske forlag Oslo 2002. ISBN 82-02-21847-0</p>

Lovgivning

Forkortelse brukt i teksten	Detaljer
Dl	Lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5. (Domstolsloven)
Tvml	Lov om rettergang for tvistemål av 13. august 1915 nr. 6. (Tvistemålsloven)
Fvl	Lov om behandlingmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967 (forvaltningloven)
Bl	Lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr. 7. (Barnelova)
Sostjl	Lov om sosial tjenester av 13. desember 1991 nr 81 (sosialtjenesteloven)
Bvl	Lov om barneverntjenester av 17 juli 1992. 100. (Barnevernloven)
Menneskerettsloven	Lov om styrkning av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. juli 1999 nr. 30 (menneskerettighetsloven)

Konvensjoner

Forkortelse brukt i teksten	Detaljer
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen vedtatt 4. desember 1950
Barnekonvensjonen	FNs konvensjon om barns rettigheter vedtatt 20. november 1989
SP	FNs konvensjon om politiske og sosial rettigheter vedtatt 16. desember 1966

Lovers for- og etterarbeider

Detaljer

NOU-1985-18 Lov om sosiale tjenester mv

NOU-1998-17 Barnefordelingssaker – avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bosted

NOU-2000-12 Barnevernet i Norge. Tilstandsvurderinger, nye perspektiver og forslag til reformer

Ot.prp.nr. 38 (1964-1965) Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Ot.prp.nr. 62 (1979-1980) Lov om barn og foreldre

Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) Om lov om barneverntjenester (barnvernloven)

Ot.prp.nr. 104 (1992-1993) Om lov om endringer i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester

Ot.prp.nr. 56 (1996-1997) Om lov om endringer i barnelova

Ot.prp.nr. 29 (2002-2003) Om lov om endringer i barneloven mv.

Ot.prp.nr. 45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv.

Innstilling fra Forvaltningskomiteen fra 1958.

Inst. O. nr 30 (1980-81) Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester

Inst. O. nr 80 (1991-1992) Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester

Inst. O. nr 9 (1992-1993) Om lov om sosiale tjenester

Høyesterettsavgjørelser

Detaljer

HR-2005-00048-U

Rt 2004 s.1300

Rt 2004 s.875

Rt 2003 s.1319

Rt 2003 s. 425

Rt 2003 s. 301

Rt 2002 s.1378

Rt 2001 s.835

Rt 2001 s.1637

Rt 2000 s.721

Rt 1999 s.1883

Rt 1998 s.787

Rt 1993 s.1588

Rt 1997 s. 2037

Rt 1996 s.1152

Rt 1996 s. 997

Rt 1995 s.2000

Rt 1995 s.936

Rt 1995 s.599

Rt 1991 s. 663

Rt 1991 s. 1222

Lagmannsrettsavgjørelser

Detaljer som publisert på Lovdata

LB 2004-92392 (Borgarting)

LB 2004-27432 (Borgarting)

LB 2004-16642 (Borgarting)

LB 2004-7284 (Borgarting)

LB 2003-2827 (Borgarting)

LB 2001-2559 (Borgarting)

LB 2001-1923 (Borgarting)

LB 1995-02090 (Borgarting)

LA 2002-00088 (Agder)

LG 2001-00786 (Gulating)

Avgjørelser fra den Europeiske Menneskerettsdomstol (EMD)

Forkortelse brukt i teksten	Detaljer
Olsson v Sverige	Olsson (I) mot Sverige 24.03.1988, Series A nr. 121A, publisert i Hudoc som REF00000169
McMichael v. UK	McMicael mot Storbritannia 24.02.1995, Series A nr. 307B
H v UK	H mot Storbritannia 08.07.1987, Series A nr 120
O v UK	O mot Storbritannia 08.07.1987, Series A nr 120
B v UK	B mot Storbritannia 08.07.1987, Series A nr 121
R v UK	R mot Storbritannia 08.07.1987, Series A nr 121
W v UK	W mot Storbritannia 08.07.1987, Series A nr 121
Adele Johansen mot Norge	Adele Johansen mot Norge 07.08.1996, Publisert i Hudoc som REF00000647

Vedtak fra Fylkesnemnda for sosiale saker

Detaljer
FNV-2004-88- Hordaland/Sogn og Fjordane
FNV-2002-100- Østfold.

5 Vedlegg

5.1 Den europeiske menneskeretts konvensjon (utdrag)

EMK artikkel 6. *Retten til en rettferdig rettergang*

1. For å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter eller en straffesiktelse mot seg, har enhver rett til en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov. Dommen skal avsies offentlig, men pressen og offentligheten kan bli utelukket fra hele eller deler av rettsforhandlingene av hensyn til moralen, den offentlige orden eller den nasjonale sikkerhet i et demokratisk samfunn, når hensynet til ungdom eller partenes privatliv krever det, eller i den utstrekning det etter rettens mening er strengt nødvendig under spesielle omstendigheter der offentlighet ville skade rettferdighetens interesser.

EMK artikkel 8. *Retten til respekt for privatlivet*

1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.

5.2 FNs Barnekonvensjon av 20. november 1989 (utdrag)

Barnekonvensjonen art 3

1. Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.
2. Partene påtar seg å sikre barnet den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel, idet det tas hensyn til rettighetene og forpliktelsene til barnets foreldre, verger eller andre enkeltpersoner som har det juridiske ansvaret for ham eller henne, og skal treffe alle egnede, lovgivningsmessige og administrative tiltak for dette formål.
3. Partene skal sikre at de institusjoner og tjenester som har ansvaret for barns omsorg eller beskyttelse, retter seg etter de standarder som er fastsatt av de kompetente myndigheter, særlig med hensyn til sikkerhet, helse, personalets antall og kvalifikasjoner samt kvalifisert tilsyn.

Barnekonvensjonen artikkel 9

1. Partene skal sikre at et barn ikke blir skilt fra sine foreldre mot deres vilje, unntatt når kompetente myndigheter, som er underlagt rettslig prøving, i samsvar med gjeldende lover og saksbehandlingsregler, beslutter at slik atskillelse er nødvendig av hensyn til barnets beste. Slik beslutning kan være nødvendig i særlige tilfeller som f. eks ved foreldres mishandling eller vanskjøtsel av barnet, eller dersom foreldrene lever atskilt og det må treffes en avgjørelse om hvor barnet skal bo.
2. Under behandling av en sak i henhold til nr 1 skal samtlige berørte parter gis anledning til å delta i saksbehandlingen og fremføre sine synspunkter.
3. Partene skal respektere den rett et barn som er atskilt fra en eller begge foreldre har til å opprettholde personlig forbindelse og direkte kontakt med begge foreldrene regelmessig, med mindre dette er i strid med barnets beste.

4. Dersom slik atskillelse skyldes en handling iverksatt av en part, som f. eks pågripelse, fengsling, eksil, utveksling eller død, (herunder dødsfall av en hvilke som helst årsak mens vedkommende er i denne partens varetekt), av en eller begge foreldre eller barnet, skal parten etter anmodning gi foreldrene, barnet, eller, når det er hensiktsmessig, et annet familiemedlem de vesentlige opplysninger om det eller de fraværende familiemedlemmenes oppholdssted, med mindre dette er til skade for barnet. Partene skal dessuten påse at fremleggelse av en slik anmodning ikke i seg selv vil få negative følger for vedkommende person eller personer.

5 Vedlegg